



**Juzgado Segundo Civil Laboral del Circuito de Oralidad
Distrito Judicial de Pamplona, N. de S.**

Veintiuno (21) de agosto de dos mil veinte (2020)

Referencia:	Acción de tutela
Radicado:	54-518-31-12-002-2020-00060-00
Accionante:	Manuel Orlando Mena Zapata
Accionados:	Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC

Por reparto efectuado en la fecha¹, correspondió a éste Despacho Judicial el conocimiento de la acción de tutela de la referencia, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso, petición, principio de buena fé, igualdad y acceso al empleo público tras concurso de méritos.

Como la presente acción constitucional reúne los requisitos que contempla el Decreto 2591 de 1991, se dispone:

Primero: Admitir la acción de tutela interpuesta por Manuel Orlando Mena Zapata identificado con cédula de ciudadanía número 16.755.974, contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familia (ICBF) y la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC); por la presunta vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso, petición, principio de buena fé, igualdad y acceso al empleo público tras concurso de méritos.

Segundo: Vincúlese a la presente acción constitucional a quienes participaron en la Convocatoria No. 433 de 2016, mediante la cual se invitó a concurso abierto de méritos con el fin de proveer en forma definitiva los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, **ORDENANDO** a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, COMUNICAR en la página web de esa entidad dentro del término de 2 días siguientes a la notificación de éste auto, copia del presente proveído y del escrito de tutela.

En dicho comunicado deberá informarse a quienes participaron en la referida convocatoria que pueden hacerse parte dentro del presente trámite de acción de tutela, contando con un término de dos (2) días, a partir de la publicación, pudiendo allegar ante la Secretaría de este Despacho Judicial los escritos y

solicitudes de pruebas que a bien tengan por medio del correo electrónico:
j02cctopam@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Igualmente, vincúlese a la presente acción constitucional a todas las personas que actualmente conforman la lista de elegibles del cargo de **Profesional Universitario Código 2044, grado 11** de la Convocatoria No. 433 de 2016 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF); así como a todos los funcionarios que actualmente ocupan los cargos declarados desiertos dentro de la Convocatoria en mención, y que han sido provistos en provisionalidad – Profesional Universitario Código 2044, grado 11, **ORDENANDO** al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, COMUNICAR en la página web de esa entidad dentro del término de 2 días siguientes a la notificación de éste auto, copia del presente proveído y del escrito de tutela.

En dicho comunicado deberá informarse a las personas mencionadas en el párrafo anterior que, pueden hacerse parte dentro del presente trámite de acción de tutela, contando con un término de dos (2) días, a partir de la publicación, pudiendo allegar ante la Secretaría de este Despacho Judicial los escritos y solicitudes de pruebas que a bien tengan a través del correo electrónico:
j02cctopam@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Tercero: Notificar al Director (a) General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, así como al Director de la Comisión Nacional del Servicio Civil “CNSC”, para que dentro del término improrrogable de dos (2) días, contados a partir del recibo de la notificación respectiva, se pronuncien sobre los hechos que constituyen el fundamento de la presente acción constitucional; dentro del mismo término, deberá informar el nombre, cargo, dirección, teléfonos y correo electrónico de la persona a quien corresponde la decisión objeto de la presente tutela, así como la de su superior jerárquico.

Cuarto: De conformidad con lo normado en el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991, señálese el término de dos (2) días para la práctica de las siguientes pruebas:

- **Por la parte accionante:**

Téngase como prueba los documentos allegados con la presente solicitud.

Así mismo, se le solicita al ICBF alleguen las siguientes pruebas en el término de dos (2) días :

- 1) Un listado con todas los empleos, con fecha de corte al 15 de agosto o una fecha anterior muy cercana, de los empleos Profesional Universitario Código 2044 grado 11 o empleos equivalentes o empleos 1 grado superior o 1 grado inferior cuyo Estado de Provisión sea en provisionalidad, en encargos y vacantes de los empleos y que incluya los siguientes campos: “Cargo”, “Código”, “Grado”, “Regional”, “Municipio”, “Dependencia”, “Perfil OPEC Rol”, “Estado Provisión”, “Reten Social”, “Empleo Equivalente” , en el campo “empleo equivalente” que escriban verdadero o falso, dependiendo si el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF considera que el empleo en mención es equivalente al de esta tutela, esta prueba es importante para obtener información actualizada.

- 2) Se le informe al Despacho la actual situación jurídica de las vacantes del Profesional Universitario, identificado con el Código 2044 grado 11 declaradas desiertas, es decir, si a la fecha, están provistas por algún funcionario y bajo que modalidad esta provista cada cargo (carrera, encargo, provisionalidad, no provista u otros), y su respectiva ubicación geográfica. 11.3. Copia de la Acción de Cumplimiento

- 3) Y de hallarse en su poder, copia de una Acción de Cumplimiento, siendo Demandante: Luis Eduardo García Acosta por una acción de Cumplimiento en un proceso de Radicado: 66001233300020200014200, en la que a la Comisión Nacional del Servicio Civil se le “Ordena cumplimiento del artículo 6º de la ley 1960 de 2019”.

DE OFICIO

Requíerese al Director (a) del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar para que se sirva informar, en el término de dos (2) días lo siguiente:

- a) Cuántas vacantes correspondientes al cargo Profesional Universitario Código 2044, grado 11 creados mediante Decreto 1479 de 2017 *“Por el cual se suprime la plante de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF”* fueron nombrados de las listas de elegibles que arrojó la convocatoria No. 433 de 2016.

- b) Cuántos están vacantes, pendientes de proveer en propiedad.

- c) Porqué no han sido provistas con base en las listas de elegibles existentes de la Convocatoria No. 433 de 2016.

- d) Dónde están ubicadas dichas vacantes.

- e) Cuántas vacantes se han provisto en provisionalidad desde la expedición de las listas de elegibles resultado de la Convocatoria No. 433 de 2016.
- f) Si dichas vacantes ya fueron ofertadas en la OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS.
- g) Cuántas personas que hayan aprobado el concurso para el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO CÓDIGO 2044, GRADO 11 se encuentran a la expectativa de ser nombradas.

Adviértase a la entidad accionada que en caso de no ser enviada la información solicitada dentro del término estipulado, se tendrán por ciertos los hechos objeto de la tutela y se fallará de plano la misma.

Quinto: Reconocer personería al señor Manuel Orlando Mena Zapata para actuar en causa propia en las presentes diligencias.

Cúmplase

Angélica M^a Contreras C.


**Angélica María del Pilar Contreras Calderón
Juez**

RV: Generación de Tutela en línea No 47681

Juzgado 02 Civil Circuito - N. De Santander - Pamplona
<j02cctopam@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 21/08/2020 11:33

Para: Durley Omaira Torres Paez <dtorrespa@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (12 KB)

ACTAT MANUEL MENA VS ICBF Y CNSC.pdf;

De: Recepcion Tutelas Habeas Corpus - Pamplona <apptutelaspamplona@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Enviado: viernes, 21 de agosto de 2020 11:29 a. m.

Para: Juzgado 02 Civil Circuito - N. De Santander - Pamplona <j02cctopam@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: momz.contador@gmail.com <momz.contador@gmail.com>

Asunto: RV: Generación de Tutela en línea No 47681

Pamplona, 21 de Agosto de 2020

Juez Segundo Civil Circuito
Pamplona

Cordial Saludo

Se Realizó el reparto de una Tutela que se anexa 8 archivos PDF tal como la envía, para su conocimiento y trámite respectivo.

También se anexa archivo pdf con el Acta Individual de Reparto debidamente firmada.

FAVOR ACUSAR RECIBIDO AL CORREO OFAPOYOPAM@CENDOJ.RAMAJUDICIAL.GOV.CO

Cordialmente
GORM

De: Tutela y Habeas Corpus en Línea Rama Judicial <tutelaenlinea@dej.ramajudicial.gov.co>

Enviado: viernes, 21 de agosto de 2020 10:56

Para: Recepcion Tutelas Habeas Corpus - Pamplona <apptutelaspamplona@cendoj.ramajudicial.gov.co>;
momz.contador@gmail.com <momz.contador@gmail.com>

Asunto: Generación de Tutela en línea No 47681

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

Buen día,
Oficina Judicial / Oficina de Reparto

Se ha registrado la Tutela en Línea con número 47681

Departamento: N. DE SANTANDER.
Ciudad: PAMPLONA

Accionante: MANUEL ORLANDO MENA ZAPATA Identificado con documento: 16755974
Correo Electrónico Accionante: momz.contador@gmail.com
Teléfono del accionante: 3193439814

Accionado/s:

Persona Jurídico: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF- Nit: 899999239,
Correo Electrónico: NOTIFICACIONES.JUDICIALES@ICBF.GOV.CO

Dirección:

Teléfono:

Persona Jurídico: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC- Nit: 900003409,
Correo Electrónico: NOTIFICACIONES.JUDICIALES@CNSC.GOV.CO

Dirección:

Teléfono:

Derechos:

DEBIDO PROCESO, DERECHO DE PETICIÓN, IGUALDAD,

Descargue los archivos de este tramite de tutela aqui:

[Archivo_1](#)

[Archivo_2](#)

[Archivo_3](#)

[Archivo_4](#)

[Archivo_5](#)

[Archivo_6](#)

[Archivo_7](#)

[Archivo_8](#)

Cordialmente,

Consejo Superior de la Judicatura - Rama Judicial

Nota Importante:

Enviado desde una dirección de correo electrónico utilizado exclusivamente para notificación el cual no acepta respuestas.

Señor

Juez Constitucional del Circuito

Santander

E.S.D.

REFERENCIA: Acción constitucional de tutela

DERECHOS: Al debido proceso, de petición, igualdad y al acceso al empleo público tras concurso de mérito

ACCIONANTE: MANUEL ORLANDO MENA ZAPATA

ACCIONADOS: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF
COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC

VINCULADOS: Los que el Juez determine

Yo, Manuel Orlando Mena Zapata, mayor de edad, identificada con la cedula de ciudadanía número 16.755.974, me permito interponer ACCION CONSTITUCIONAL DE TUTELA en ejercicio de las facultades que me otorga el artículo 86 de la Constitución Política y las normas concordantes de los Decretos 2591 de 1991¹, 306 de 1992² y 1382 de 2000³, de la siguiente manera:

CONTENIDO

1. ENTIDADES ACCIONADAS ENUNCIACION DE DERECHOS VULNERADOS - SOLICITUD DE VINCULACION.....	2
2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS.....	2
3. PRETENSIONES.....	16
4. FUNDAMENTOS DE DERECHO.....	18
5. CON EL DECRETO 1479 DE 2017 FUERON CREADAS 3.737, EN LA ACTUALIDAD ESTÁN PROVISTOS POR PROVISIONALES EN CONTRAVÍA DEL PLAN DE DESARROLLO.....	29
6. LA NO APLICACIÓN DE LOS ARTICULOS 6 Y 7 DE LA LEY 1960 de 2019 PARA CONVOCATORIAS ANTERIORES A LA FIRMA EXPEDICION DE LA LEY, AFIRMACIÓN REITERATIVA DE LA CNSC, APLICACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE FRENTE A LA ULTRAACTIVIDAD APLICADA POR LA CNSC EN EL SEGUNDO CRITERIO INCONSTITUCIONAL.....	38
7. PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA LEY, Y CONFUSIÓN TRANSMITIDA EN EL COMUNICADO -CNSC- DEL 16 DE ENERO, ACUERDO 165 DEL 12 DE MARZO DE LA CNSC EVADIRÁ EL CUMPLIMIENTO DE LA LOS ARTICULOS 6 Y 7 DE LA LEY 1960 DE 2019.....	57
8. EL COSTO DE LA CONVOCATORIA 433 DE 2016.....	66
9. DERECHO FRENTE A LAS PERSONAS QUE ADEMÁS PARTICIPARON EN LA CONVOCATORIA 433 DE 2016, CUYAS TIENEN IGUAL NOMBRE PROFESIONAL UNIVERSITARIO CÓDIGO 2044 GRADO 11, Y LAS MISMAS FUNCIONES Y REQUISITOS DE ESTUDIO.....	67
10. LA SITUACION ACTUAL POR LA PANDEMIA Y SUS CONSECUENCIAS.....	71
11. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, Y LA DESAFIANTE RESPUESTA A LA JUSTICIA POR PARTE DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC.....	73
12. PRUEBAS Y ANEXOS.....	75
NOTIFICACIONES.....	78

¹ "...por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política".

² "... por el cual se reglamenta el Decreto 2591 de 1991".

³ "... por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela.""

1. ENTIDADES ACCIONADAS ENUNCIACION DE DERECHOS VULNERADOS - SOLICITUD DE VINCULACION.

La actual Acción de Tutela la presento en contra de la entidad de derecho público conocida como **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF** representada esta por su representante legal, gerente o quien haga sus veces, y quien operara como ENTIDAD ACCIONADA en el presente proceso constitucional, el cual se ha iniciado a fin de que sean salvaguardados mis DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO, DE PETICION, PRINCIPIO DE BUENA FE, IGUALDAD Y AL ACCESO AL EMPLEO PUBLICO TRAS CONCURSO DE MERITO.

De igual modo pretendo que sean VINCULADOS a la siguiente Acción de Tutela la entidad de derecho público Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), representada por su representante legal, gerente o quien haga sus veces, pues la misma ha participado en la organización, preparación, coordinación y adelantamiento del concurso de Merito a través de la Convocatoria 433 de 2016, ha emitido conceptos y **criterios interpretativos** al respecto del modo y mecanismos de utilización de las Listas de Elegibles emanantes de la citada convocatoria, y debe ser participé de los procesos de nombramiento de los citados elegibles, ya que, en el caso concreto, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, de cara a utilizar la Lista de Elegibles de la OPEC 39458 de la Convocatoria 433 de 2016, debe solicitar autorización a la CNSC y adaptarse a los procedimientos internos de la entidad.

2. FUNDAMENTOS FÁCTICOS

- 2.1. Mediante Acuerdo N° CNSC-2016000001376, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), convocó a concurso de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, convocatoria 433 de 2016 — ICBF encontrándose entre los empleos de nivel profesional, el identificado con el código OPEC 39458, denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11, siendo ofertada una vacante para la ciudad de Cali
- 2.2. Una vez agotadas todas las etapas del proceso de selección, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC), procedió a conformar

lista de elegibles con los concursantes que aprobaron las pruebas eliminatorias y atendiendo al estricto orden de mérito en razón de los resultados de las precitadas pruebas, siendo así se expidió la Resolución N° CNSC – 20182230040585 del 26 de abril de 2018, por medio de la cual "se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el código OPEC 39458, denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11...", en la cual al suscrito le correspondió el lugar dos (2) en la lista, con un puntaje de 70.76, ahora el primero por recomposición de la Lista

- 2.3. Los resultados obtenidos por cada uno de los aspirantes en las diferentes pruebas aplicadas, fueron publicados estuvieron disponibles para los concursantes, se conformaron las listas de elegibles, quedando publicada la que corresponde con la OPEC 39458
- 2.4. Según dispone el articulado del Decreto 1479 y de la Resolución 7746, ambos de 2017, el cargo creado y correspondientes con los cargos que pretendo los cuales debían ser provistos a través del procedimiento dispuesto por la Ley 909 de 2004 y sus respectivas modificaciones y el Decreto 1083 de 2015, es decir, haciendo uso de la Lista de Elegibles de la Convocatoria 433 de 2016, OPEC 34267, ya que debe considerarse que esos cargos se encuentran en vacancia definitiva. Esa disposición, al respecto de los nombramientos realizados en virtud del Decreto 1479, fue derogada por revocatoria del Artículo 4 de la Convocatoria del concurso, sin que hasta la fecha se conozca convocatoria efectiva para la disposición de forma permanente de dichas plazas, lo cual afecta gravemente al derecho al mérito de las persona que hayan podido concursar en la convocatoria 433 de 2016 y que no hayan podido ser nombrados en Carrera Administrativa al quedar en puestos inferiores a las plazas directamente ofertadas en la convocatoria en las Listas de Elegibles a pesar de haber superado todas las pruebas de conocimiento y actitudes del citado concurso de mérito y constatarse que tienen una expectativa legítima a ser nombrados para la cobertura de esos cargos en aplicación de la normativa vigente.

2.5. En el acuerdo de la convocatoria 433 se registró el siguiente texto: "Artículo cuarto: una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de méritos para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza y conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo dicha lista serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados" con base en tal artículo elaboré un derecho de petición cuyo radicado de la CNSC fue PQR 201811230084 del 23 de noviembre de 2018, en tal petición pregunté:

"(...)

1. ¿Para la convocatoria 433, el ICBF debe reconfigurar una lista de elegibles a nivel nacional y publicarla?, hablando de la misma convocatoria 433 2. ¿o cuál es el mecanismo para conocer los cargos para la nueva lista de elegibles con cargos iguales en otras regiones geográficas?

(...)"

Ante estas dos preguntas puedo resumir la respuesta de la CNSC con los siguientes párrafos escritos por el funcionario Wilson Monroy Mora, Director de Administración de la Carrera Administrativa:

(...)

"Previo a atender su solicitud es del caso precisar que una vez verificado en Banco Nacional de Listas de Elegibles se constató que la CNSC conformó lista de elegibles mediante Resolución No. 20182230040585 del 26 de abril de 2018 para proveer una (1) vacante del empleo No. 39458 denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11, ofertado a través de la Convocatoria No. 433 de 2016 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF, en la cual Usted ocupó la segunda (2) posición"

(...)

“Así las cosas, resulta claro que las listas de elegibles generan un derecho adquirido a los elegibles que, al someterse a un riguroso proceso de selección, ocupan las primeras posiciones y consecuencia de su ejercicio, deben ser nombrados en los empleos por los cuales concursaron. A diferencia, a los elegibles que en razón a su puntaje no obtuvieron la posición meritosa que les generara el derecho a ser nombrados, le asiste una expectativa frente a la utilización de listas de elegibles para la provisión de dicho empleo.

Por otro lado, es menester informarle que el artículo cuarto del acto administrativo por el cual se conformó la lista de elegibles del empleo 34958 al que usted hace alusión sobre la reconfiguración de listas, fue revocado por esta Comisión Nacional mediante la Resolución No. 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, la cual puede ser consultada en la página de la convocatoria, específicamente en el acápite de normatividad.”

De la respuesta de la comisión podemos deducir que el artículo 4 del acuerdo de la convocatoria 433 de 2016 fue revocado (por cierto, de una forma irregular), y que, según el punto de vista de la CNSC, **a mí solo me “asiste una expectativa” por la deducción lógica a la que nos lleva la respuesta del funcionario Wilson Monroy Mora.**

Y este punto es importante porque es la mera expectativa la que se tiene que tener en cuenta de para la aplicación del efecto retrospectivo de los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019

- 2.6. Debe destacarse del acuerdo de la convocatoria 433 de 2016: “Artículo 63 RECOMPOSICION DE LISTAS DE ELEGIBLES: Las listas de elegibles se recompondrán de manera automática, una vez los elegibles tome posesión del empleo en estricto orden de mérito, o cuando éstos no acepten el nombramiento o no se poseione dentro de los términos legales, o sean excluidos de la lista: “(...) Por lo anterior y después de conocerse que el nombramiento de la persona que figuraba en el primer lugar de la lista de elegibles determinada con la resolución N° CNSC – 20182230040585 del 26 de abril de 2018, queda establecido mi

paso al primer lugar de la lista en razón a la recomposición automática de la que habla el artículo 63 de los acuerdos de la convocatoria 433 de 2016.

- 2.7. El 27 de junio de 2019 se expidió la ley 1960 de 2019, la cual modificó la forma en que se deben proveer los empleos de acuerdo al siguiente texto:

“ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

“ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:

1. (...)
- 2 (...)
- 3 (...)

4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

ARTÍCULO 7. La presente Ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.”

De acuerdo al artículo 7, esta ley rige a partir de su publicación, es decir que se aplicará a futuro, pero con la jurisprudencia de la corte constitucional y del consejo de Estado, debe tenerse presente que la irretroactividad de la ley tiene ciertas excepciones, para el caso concreto ocurre precisamente este hecho, lo expresado por la CNSC me ayuda a sustentar este argumento, mencionado ya en la respuesta del artículo 6 de los hechos relacionado en el presente escrito: “A diferencia, a los elegibles que en razón a su puntaje no obtuvieron la posición meritatoria que les generara el derecho a ser nombrados, les asiste una

expectativa frente a la utilización de listas de elegibles para la provisión de dicho empleo.”

La jurisprudencia ha establecido de forma clara, que quién se encuentra en la lista de elegibles y no ocupa una posición meritoria no tienen ningún derecho adquirido, y al ocurrir esto, nos damos cuenta que la situación fáctica y jurídica aun continua desarrollándose, pues la lista de elegibles tiene una vigencia de 2 años, y en ese término el derecho puede llegar a concretarse o no, y es de esta forma que la nueva ley 1960 de 2019 debe ser aplicada a todas las listas de elegibles que se encuentren vigentes a la entrada de la mencionada ley, en otras palabras con efecto retrospectivo, ya que es una situación en curso, no se tienen derechos adquiridos, no se ha consolidado en el tiempo y es entonces que la norma debe aplicarse de forma inmediata.

- 2.8. Superé todas las etapas del proceso de selección citadas en el puesto dos (2), obteniendo un puntaje final de 70.17 puntos. Las etapas definidas en la convocatoria fueron (página 20 del Acuerdo CNSC-2016000001376 del 05-09-2016):

ARTICULO 4°. ESTRUCTURA DEL PROCESO. El presente concurso abierto de méritos para la selección de los aspirantes tendrá las siguientes fases:

1. Convocatoria y divulgación.
2. Inscripciones.
3. Verificación de requisitos mínimos.
4. Aplicación de pruebas.
 - 4.1 Pruebas sobre competencias básicas y funcionales.
 - 4.2 Pruebas sobre competencias comportamentales.
 - 4.3 Prueba psicotécnica de personalidad: Aplica únicamente para empleos del nivel profesional de áreas o procesos misionales.
 - 4.4 Valoración de antecedentes.
5. Conformación de listas de elegibles.
6. Periodo de prueba

- 2.9. El día uno (01) de agosto de dos mil diecinueve (2019), la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió un "Criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019", a través del cual restringió la aplicabilidad de lo dispuesto para la reforma de la Ley 909 de 2004 en lo que respecta al uso

de las listas de elegibles para proveer vacancias definitivas, especificando que la reforma legal sólo podía ser aplicada para proveer vacancias en las convocatorias a concurso de mérito realizadas con posterioridad de la entrada en vigencia de la citada ley.

2.10. El día dieciocho (18) de noviembre de dos mil diecinueve (**2019**) el Tribunal Superior del Valle del Cauca emitió fallo de segunda instancia en un proceso de tutela que puede entenderse paradigmático y además análogo al caso aquí tratado, donde se dispuso lo siguiente:

a. "**TERCERO: INAPLÍQUESE** por inconstitucional, el "Criterio Unificado sobre listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019", proferido por la CNSC el 1º de agosto de 2019, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

b. **CUARTO: ORDENASE** a la CNSC que (i) dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes de notificada esta decisión, oferte los 49 cargos de Profesional universitario Código 2044, grado 8 creados mediante el Decreto 1479 de 2017 para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin de que quienes conforman las listas de elegible opten, proceso que no podrá exceder el término de un mes calendario contado a partir del cumplimiento de 48 horas; (ii) elabore la lista de elegibles dentro de los quince (15) días siguientes y debidamente notificado el acto y en firme lo remita al ICBF en el término máximo de cinco (5) días hábiles.

QUINTO: ORDENASE al ICBF, recibida la lista de elegibles por parte de la CNSC, en el término de ocho (8) días hábiles deberá nombrar a los aspirantes en estricto orden de mérito.

SEXTO: La presente decisión tiene efectos inter comunis para todas aquellas personas que conforman la lista de elegibles contenida en la resolución N° CNSC-201822300040835 del 26 de abril de 2018, y que no acudieron al proceso como accionantes."

2.11. El 16 de enero de 2020 la CNSC expide el **CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019"** y con el revoca el anterior CRITERIO UNIFICADO de 1 agosto de 2019.

2.12. El día treinta (30) de junio de dos mil veinte (**2020**) el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona Sala Única de decisión emitió fallo de segunda instancia en un proceso de tutela que definitivamente marca otro hito, y donde se ordenó lo siguiente:

"SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional el "criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019", emanado de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020."

Que había sido el criterio con el cual la Comisión Nacional del Servicio Civil reemplazó el también inconstitucional criterio inicial del 1 de agosto mencionado en el punto 2.9.

2.13. Existen por lo menos 18 fallos de Tutela de sentencias de segunda instancia de tribunales de diferentes especialidades que han apoyado la aplicación con efecto retrospectivo de la Ley 1960 de 2019 en sus artículos 6 y 7, en acciones de tutela contra el ICBF y la CNSC cuya relación presento a continuación, y que se apartan con sus decisiones de la aplicación del CRITERIO UNIFICADO del 16 de enero de 2020:

1. Radicado: **76001-33-33-021-2019-00234-01**, Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Accionante: **Jessica Lorena Reyes Contreras**; Magistrada Ponente: **Zoranny Castillo Otálora**; proferido el 18 de noviembre de 2019, **fallo de segunda instancia**
2. Radicado: **15001-33-33-012-2020-00007-01**, Tribunal Administrativo de Boyacá, Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**; Magistrada Ponente: **Clara Elisa Cifuentes Ortiz** proferido el 12 de marzo de 2020, **fallo de segunda instancia**
3. Radicado: **11001-33-42-055-2020-00079-00**, Tribunal Administrativo De Cundinamarca - Sección Primera - Subsección "A", Accionante: **Manuel Fernando Duran Gutiérrez**; proferido el 16 de junio de 2020; **Magistrado Ponente**: Luis Manuel Lasso Lozano; **fallo de segunda instancia**
4. Radicado: **17174310400120200000901**, Tribunal Superior - Penal - Manizales", Accionante: **Eleonora Maya Ospina**; **Magistrado Ponente**: ANTONIO MARIA TORO RUIZ proferido el 17 de abril de 2020, **fallo de segunda instancia**
5. Radicado: **73001-33-33-005-2020-00058-01**, TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA, Accionante: **Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán**; Magistrado Ponente: José Andrés Rojas Villa; proferido el 14 de abril de 2020, **fallo de segunda instancia**
6. Radicado: **19-001-31-05-002-2020-00072-01**, TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN SALA LABORAL, Accionante: **Ángela Cecilia Astudillo Montenegro**; Magistrado Ponente: Leónidas Rodríguez Cortés; proferido el 09 de junio de dos mil veinte (2020), **fallo de segunda instancia**
7. Radicado: **54-518-31-12-002-2020-00033-01**, TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA SALA ÚNICA DE DECISIÓN Accionante: **Luz Mary Díaz García**; Magistrado Ponente: **Nelson Omar Meléndez Granados**; proferido el 30 de junio de dos mil veinte (2020), **fallo de segunda instancia**
8. Radicado: **15238-31-04-002-2020-00002-01**, TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO Accionante: **Luis Orlando Buitrago Sánchez**;

Magistrado Ponente: **Eurípides Montoya Sepúlveda**; proferido el 25 de junio de dos mil veinte (2020), **fallo de segunda instancia**

9. Radicado: **76147-33-33-001-2020-00065-00**, TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA Accionante: **Luisa María Flórez Valencia**; Magistrado Ponente: **Omar Edgar Borja Soto**; proferido el 30 de abril de 2020; **fallo de segunda instancia**
 10. Radicado: **680013333001-2020-00079-01**, TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER Accionante: **MARTHA LUCIA PERICO RICO**; Magistrada Ponente: **Claudia Patricia Peñuela Arce**; proferido el 10 de junio de 2020; **fallo de segunda instancia**
 11. Radicado: **52-001-33-33-007-2020-00041**, TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NARIÑO Accionante: **ANDRES MAURICIO JARAMILLO VALLEJO**; Magistrada Ponente: **PAULO LEÓN ESPAÑA PANTOJA**; proferido el veinticuatro (24) de junio de dos mil veinte (2020); **fallo de segunda instancia**
 12. Radicado: **23-001-31-05-001-2020-00028-00**, TRIBUNAL SUPERIOR DE MONTERÍA, Accionante: **Oscar Eduardo Sánchez Rodríguez**; proferido el junio 1º de 2020; Magistrado Ponente: **Cruz Antonio Yáñez Arrieta**; **Fallo de segunda instancia**
 13. Radicado: **760013105 006 2020 00149 02**, Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Cali Sala Cuarta De Decisión Laboral, Accionante: **Carmenza Mesa Muñoz**; Magistrada Ponente: **Mónica Teresa Hidalgo Oviedo**; proferido el junio 23 de 2020; **Fallo de segunda instancia**
 14. Radicado: **680013333011-2020-00070-00**, Tribunal administrativo de Santander, Accionante: **Ángela Patricia Caicedo Lara**; Magistrado Ponente: **Rafael Gutiérrez Solano**; proferido el mayo 19 de 2020; **Fallo de segunda instancia**
 15. Radicado: **76001333300720200006000**, Tribunal Contencioso Administrativo Risaralda **Juliana Muñoz Jiménez**; **Fallo de segunda instancia**
 16. Radicado: **76834310300120200005201**, Tribunal Superior - Civil - Familia - Buga, Accionante: **Alejandra García Serna**; Magistrado Ponente: **María Patricia Balanta Medina**; proferido el junio 6 de 2020; **Fallo de segunda instancia**
 17. Radicado: **19001-3185-002-2020-00024-00**, Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Popayán, Accionante: **Olga Lucia Chavarría arboleda** Magistrada Ponente: **María Consuelo Córdoba Muñoz**; proferido el junio 23 de 2020; **Fallo de segunda instancia**
 18. Radicado: **54001333300220200009800**, Tribunal Superior Administrativo Cúcuta, Accionante: **Jesús Armando Osorio**; proferido el julio 30 de 2020; **Fallo de segunda instancia**
- 2.14. El Tribunal Administrativo Del Tolima (relacionado en el listado inmediatamente anterior), y de radicado: 73001-33-33-005-2020-00058-01, en la Acción de Tutela contra el ICBF y la CNSC expone en las razones de la decisión lo siguiente:

"Adicionalmente, se debe tener en cuenta que aunque la redacción original del numeral 4º del artículo 31 de la ley 909 del 23 de septiembre de 2004 dictó que con la lista de elegibles "se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso", la ley 1960 del 27 de junio de 2019, modificó tal artículo, según el cual con la lista de elegibles "se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad".

Resulta, entonces, evidente que ha operado un tránsito de legislación en cuya virtud, compete la sala evaluar si se dan los presupuestos para que la Ley 1960 de 2019 sea aplicable a Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán o si, por el contrario, debe seguirse con la Ley 909 de 2004 sin modificaciones.

Respecto a esto, es claro que, por regla general, las normas rigen hacia el futuro una vez son divulgadas, y excepcionalmente regirán ultra activa o retroactivamente, pero adicionalmente se ha aceptado otra modalidad de aplicación temporal de las normas denominada retrospectividad, que a las luces de la sentencia T-564 de 2015 consiste en: "...la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.

En este sentido, ha sido unánimemente aceptado por la jurisprudencia de todas las Altas Cortes que si bien en principio las normas jurídicas solo tienen aplicabilidad a situaciones que tuvieron lugar con posterioridad a su vigencia, ello no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia."

Como consecuencia de lo anterior, siendo la generalidad de las leyes que surjan efectos ex nunc, una norma posterior podrá regular situaciones anteriores siempre y cuando sean meras expectativas y no situaciones jurídicas consolidadas, como quiera que de estas últimas se entenderán finiquitadas sus consecuencias bajo la ley antigua.

Bajo esta premisa de que los aspirantes que figuran en una lista de elegibles cuentan con una mera expectativa salvo aquél que ocupe el primer lugar, único de quien se predica un derecho adquirido, y teniendo de presente que el nominador no cuenta con una facultad sino con un deber al momento de recurrir a la lista de elegibles, a efectos de proveer un cargo de grado y denominación iguales para el cual se abrió originalmente el concurso de méritos, la sala encuentra que es dable aplicar retrospectivamente la Ley 1960 de 2019 a las accionantes, puesto que su situación no se encuentra consolidada dentro de la Convocatoria 433 de 2016."

- 2.15. El **Consejo De Estado** Sala de Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección A; **Consejera Ponente:** María Adriana Marín el día, diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020) en un proceso cuyo número de Radicación es 11001-03-15-000-2020-01727-00; **Demandante:** Roberto Salazar Fernández; **Demandado:** Tribunal Administrativo Del Tolima; **Referencia:** Sentencia De Tutela De Primera Instancia; En la parte considerativa de su sentencia, afirma la sala del Consejo de estado frente al fallo de tutela tomado por el Tribunal Administrativo Superior del Tolima y proceso de radicado: **73001-33-33-005-2020-00058-01** , lo siguiente:

"Visto lo anterior, es claro que la presente solicitud de amparo deviene en improcedente, justamente porque busca revivir la discusión del proceso de tutela que ahora se cuestiona, concerniente a la viabilidad del uso de la lista de elegibles que se conformó luego de haberse concluido todas las etapas de la Convocatoria 433 de 2016, a fin de proveer unas vacantes de iguales características a las del cargo denominado defensor de familia, código 2125, grado 17, lo cual fue estudiado y resuelto razonablemente por el Tribunal Administrativo del Tolima en la providencia atacada, decisión que se fundó no solo en la ley y la jurisprudencia, sino en el mérito como postulado constitucional de indispensable aplicación en casos relacionados con el acceso a la carrera administrativa."

Estableciendo esa alta corte un claro precedente judicial, teniendo en cuenta que el caso del mío es análogo al del Tribunal de Tolima debido a que está en una lista de elegibles de la convocatoria 433 de 2016, también solicitó ser nombrado, y de la misma forma también solicita la aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, precedente judicial recordado en la sentencia (Sentencia C-621/15) "**FUERZA NORMATIVA DE LA DOCTRINA DICTADA POR ALTAS CORTES, COMO ORGANOS DE CIERRE DE SUS JURISDICCIONES- Criterios determinantes - Como bien lo ha sostenido la Corte, la fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema, el Consejo de Estado, el Consejo Superior de la Judicatura -sala disciplinaria- y a Corte Constitucional, como órganos de cierre de sus jurisdicciones, proviene fundamentalmente: (i) de la obligación de los jueces de aplicar**

la igualdad frente a la ley y de brindar igualdad de trato en cuanto autoridades que son; (ii) de la potestad otorgada constitucionalmente a las altas corporaciones, como órganos de cierre en sus respectivas jurisdicciones y el cometido de unificación jurisprudencial en el ámbito correspondiente de actuación; (iii) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (iv) de la necesidad de seguridad jurídica del ciudadano respecto de la protección de sus derechos, entendida como la predictibilidad razonable de las decisiones judiciales en la resolución de conflictos, derivada del principio de igualdad ante la ley como de la confianza legítima en la autoridad judicial.”⁴

2.16. Existen por lo menos dos fallos de sentencia de [primera instancia](#) que no fueron impugnados y que ya pasaron a cosa juzgada, que relaciono a continuación:

- Radicado: **15001 33 33 007 2020 0057 00**, JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA, Accionante: **Rusby Eunice Tovar Ayala**; proferido el 22 de mayo de 2020, **fallo de primera instancia**
- Radicado: **05001310903020190017700**, JUZGADO TREINTA PENAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE MEDELLIN Accionante: **Rafael Araujo Ibarra**; proferido el 30 de septiembre de 2019, **fallo de primera instancia**.

2.17. Para destacar que el 23 de junio de 2020 el **Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Cali Sala Cuarta De Decisión Laboral** Radicado: 76001310500620200014902, Falló a favor de la accionante: **Carmenza Mesa Muñoz**; Magistrada Ponente: **Mónica Teresa Hidalgo Oviedo**, determino en su sentencia:

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia 104 del 14 de mayo de 2020 proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, para en su lugar, **CONCEDER** el amparo constitucional deprecado por la señora CARMENZA MESA MUÑOZ en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF y de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, por la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, el acceso a la carrera administrativa por mérito, igualdad de oportunidades y al trabajo, ello conforme a las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. En consecuencia, **REQUERIR** al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF, para que adelante los trámites administrativos y financieros necesarias y suficientes, derivados del uso de lista de elegibles para proveer vacantes surgidas con posterioridad a la convocatoria de que hace parte la accionante CARMENZA MESA MUÑOZ y en consecuencia, se le **ORDENA** a su Directora General LINA MARÍA ARBELÁEZ, o quien haga sus veces, que en el término perentorio de CINCO (5) DÍAS HÁBILES contados a partir de la notificación de esta providencia, en virtud de la petición elevada por la accionante, proceda a: 1) realizar la verificación de la planta global de los empleos que cumplen con las características de aquel solicitado por la accionante, que corresponde al mismo por el que concursó y en especial la ubicación geográfica de cada uno de estos, 2) reportar la OPEC o actualizar la **IMPUGNACIÓN DE CARMENZA MESA MUÑOZ Vs/. CNSC e ICBF RADICACIÓN No. 76001 31 05 006 2020 00149 02 M.P. DRA. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO 25** existente en el aplicativo Sistema de Apoyo

⁴ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/C-621-15.htm>

para la Igualdad, el mérito y la oportunidad –SIMO- y, 3) realizar ante la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC, la solicitud de uso de las listas de elegibles en los términos dispuestos por la Ley y los reglamentos con las erogaciones presupuestales que ello implica, debidamente determinadas por la CNSC y finalmente, en el evento de ser autorizado el uso de la lista por la CNSC, en el mismo término, contado desde la comunicación de dicha autorización, proceda a realizar el nombramiento de la accionante en el cargo deprecado.

TERCERO. ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC, representada legalmente por su Presidente, FRÍDOLE BALLÉN DUQUE, que en el término perentorio de DIEZ (10) DÍAS contados a partir de la solicitud de uso de listas de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con la OPEC 39529 en la Convocatoria 433 de 2016, proceda a: 1) informar si existen elegibles que cumplan con los requisitos para el uso de listas de los empleos que satisfacen las condiciones, 2) definir la tarifa que debe asumir y pagar la entidad - ICBF, y 3) realizar todos los demás trámites correspondientes para que finalmente de resultar procedente se expida acto administrativo de autorización de uso listas de elegibles y su remisión, y con ello el ICBF pueda realizar los pagos respectivos y efectuar el nombramiento a que haya lugar, todo, sin perjuicio de ajustar conjuntamente, las accionadas, los cronogramas que deben adoptar antes del vencimiento de la lista de la accionante.

CUARTO. ORDENAR al ICBF que publique el presente fallo en el aparte correspondiente de su página web.

QUINTO. Dentro del término legal envíese el expediente en medios electrónicos a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión. **SEXTO.** NOTIFÍQUESE electrónicamente a las partes esta decisión por ser el medio más expedito, conforme a los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, a los correos que reposan en las diligencias, en atención a la situación de emergencia sanitaria derivada de la pandemia por COVID 19 y las medidas de aislamiento preventivo obligatorio.”

En la parte considerativa del fallo también se expuso:

“En consecuencia, advierte la Sala que con el proceder omisivo de las accionadas, relativo a dar pronto y cabal inicio a los procedimientos señalados para que se determine la procedencia o no del nombramiento deprecado por la accionante, se generan barreras de carácter administrativo y una dilación injustificada que, sin duda trasgrede el derecho al debido proceso de la señora CARMENZA MESA MUÑOZ, pues a la fecha el ICBF no ha demostrado el más mínimo interés, a pesar de señalar en su respuesta que ha dado inicio a ello, en adelantar los trámites respectivos para dar cumplimiento al criterio unificado emitido por el órgano rector de la carrera administrativa, lo que trasgrede el derecho que le asiste a la tutelante de solicitar un cargo que se ajuste a aquel para el cual concursó en la convocatoria 433 de 2016 y frente al cual las decisiones del órgano competente, incluso antes de la expedición del criterio unificado dirigido al IMPUGNACIÓN DE CARMENZA MESA MUÑOZ Vs/. CNSC e ICBF RADICACIÓN No. 76001 31 05 006 2020 00149 02 M.P. DRA. MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO 22 “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019” proferido el 16 de enero de 2020 por la Sala Plena de la CNSC, le han conferido confianza legítima acerca de que es una potencial aspirante. Con lo expresado, concluye esta Sala que tanto la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC como el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF, vulneraron los derechos al debido proceso administrativo y trabajo de la accionante, y de contera el principio de confianza legítima, así

como el acceso a la carrera administrativa por mérito e igualdad de oportunidades, y por tal razón, habrá de revocarse la sentencia impugnada.”

Y en cuanto exponer que lo decidido en ese momento a favor de la señora **Carmenza Mesa Muñoz** que también Concurso para el Cargo denominado **Profesional Universitario** Código **2044** Grado **11**, también es muy importante tener presente que la señora se presentó para un municipio en el Departamento de Tolima, y reclamó la utilización de los **“empleos equivalentes”** concepto definido en la Ley 1083 de 2015 porque en la OPEC donde ella participo ya no quedaron plazas. En otras palabras, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, ya decidió sobre un caso igual pues se trataba de una vacante del mismo nombre, mismo código, mismo grado, por empleo equivalente debido a que en la ciudad de la OPEC en la que ella se encontraba ya no había vacantes, advirtiendo incluso que la señora alcanzo un puntaje inferior al de Manuel Orlando Mena Zapata que fue de 70.76.

- 2.18. Y Finalmente, dentro de los fallos que he investigado se encuentra el del señor Demandante: Luis Eduardo García Acosta por una acción de Cumplimiento en un proceso de Radicado: **66001233300020200014200**, Tipo de proceso (Acción de Cumplimiento); Magistrado Ponente: Dufay Carvajal Castañeda; proferido el mayo 18 de 2020; Fallo de primera instancia, fallo en el que se le ordena a la Comisión Nacional del Servicio Civil se le “Ordena cumplimiento del artículo 6º de la ley 1960 de 2019”
- 2.19. Solicité ser nombrado el día 15 de mayo de 2020, de la siguiente forma:

Manuel Orlando Mena Zapata <momz.contador@gmail.com>

Adjuntos

15 may. 2020 19:18

para atencionalciudadano@icbf.gov.co

Cordial saludo,

Mi nombre es Manuel Orlando Mena Zapata, CC 16.755.974, anexo envío un a petición para el señor Director de Gestión Humana ó quien haga sus veces **JOHN FERNANDO GUZMAN UPARELA**, Gracias

Atentamente

Manuel Orlando Mena Zapata

Y en el anexo de tal e-mail escribí lo siguiente:

Santiago de Cali, 15 de mayo de 2020

Director

Director de Gestión Humana ó quien haga sus veces

JOHN FERNANDO GUZMAN UPARELA

John.Guzman@icbf.gov.co

Solicitud: 2020051500400 |

¹ Cordial saludo, mi nombre es **Manuel Orlando Mena Zapata**, CC 16.755.974

² El presente e-mail es para solicitar mi nombramiento por la convocatoria cuatro treinta y tres de dos mil diez y seis teniendo en cuenta lo establecido en el párrafo 4 de mi e-mail cuyo asunto es 2020051500A001, teniendo presente mi lista

Manuel Orlando Mena Zapata

CC 16.755.974 de Cali

- 2.20. El derecho de petición anterior ***nunca fue respondido***, nótese que solicité ser nombrado, en dos ocasiones anteriores también realicé dos derechos de petición, para ser más exactos los días 7 de enero de 2020 y 9 de enero de 2020, y no fueron respondidos dentro de los términos de Ley, en uno de esos derechos de petición de enero solicité ser nombrado con fundamento en la Ley 1960 de 2019.
- 2.21. La comisión expidió el "COMPLEMENTACIÓN AL CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" del 16 de enero de 2020 Donde se afirma:



COMPLEMENTACIÓN AL CRITERIO UNIFICADO "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019" del 16 de enero de 2020

La CNSC, en sesión de Sala Plena del 6 de agosto de 2020, aprobó complementar el concepto de "mismo empleo", definido en el Criterio Unificado "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019"; incluyendo "mismos requisitos de estudio y experiencia exigidos para el empleo ofertado".

Por tanto, el inciso primero de la página 3, del referido Criterio Unificado, quedará así:

"De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva Convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos"; enténdase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, mismos requisitos de estudio y experiencia reportados en la OPEC, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC."

Bogotá, D.C. 6 de agosto de 2020


 FRIDOLE BALLEEN DUQUE
 Presidente

- 2.22. Como circunstancia especial informo que soy padre de dos niños menores de edad, que dependen completamente de mí, y que se han visto afectados negativamente por el actuar del ICBF y la CNSC, y que no tengo capacidad económica para cubrir los costos de acciones extensas y onerosas judiciales.
- 2.23. He verificado plenamente que cumplo con todos los requisitos para de procedibilidad de esta acción de tutela: trascendencia iusfundamental del asunto, subsidiariedad, perjuicio irremediable
- 2.24. Para los nombramientos de las personas que estamos en lista de elegibles no están siendo tenidos en cuenta las personas que pueden ocupar empleos equivalentes, entre otros asuntos porque *el acceso a los cargos públicos está siendo limitados por el Criterio Unificado CNSC del 16 de enero de 2020*, aunque existe evidencia de empleos ocupados por personas en provisionalidad o por encargo como mostraré a continuación:

3. PRETENSIONES

Por lo expuesto, con base en los hechos, con fundamento en las pruebas que se aducen y conforme al derecho, debe entenderse que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF no ha dado el tratamiento que corresponde a la vacancia definitivas, o a los empleos que se encuentran en provistos en provisionalidad, o por encargo y que corresponden a un empleo equivalente, misma o similar denominación, mismas o similares funciones, mismo o similar grado, y mismo o similar salario que el de los empleos contenidos en la Lista de Elegibles de la OPEC **39458** de la Convocatoria 433 de 2016 de la CNSC, en la cual aparezco, sobre todo teniendo en cuenta que existen empleos ocupados en provisionalidad o en Encargo que son **equivalentes** al empleo por el cual concursé.

Por todo lo expuesto, respetuosa y comedidamente me permito SOLICITARLE lo siguiente:

1. Se protejan mis derechos fundamentales de petición, debido proceso, trabajo, principio de buena fe, de los niños, igualdad y acceso a cargos públicos por el sistema de méritos vulnerados por la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
2. Ruego a usted señor juez utilizar su poder oficioso para INAPLICAR por inconstitucional el "Criterio unificado de "uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019", emanado de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020. Debido a las razones que expondré a continuación en mis argumentos

3. Se ordene a las accionadas que en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, realicen los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante Resolución N° CNSC – 20182230040585 del 26 de abril de 2018 respecto al cargo denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO GRADO 11 CÓDIGO 2044 en una de las vacantes que en provisionalidad, encargo o vacancia definitiva.
4. Específicamente para lo anterior: ORDENAR que, en el plazo de 3 días contados a partir de la notificación de la sentencia, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11 al que concursó MANUEL ORLANDO MENA ZAPATA, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO).

Acto seguido, de hallarlos, en el término de tres días hábiles contados a partir de realizado lo anterior, solicitará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de la lista de elegibles donde MANUEL ORLANDO MENA ZAPATA ocupó el segundo lugar, en todo caso la entidad a la que corresponda deberá elaborar la lista y entregarla a la otra, en armonía con la Ley

La CNSC informará dentro de los tres días hábiles siguientes si MANUEL ORLANDO MENA ZAPATA cumple los requisitos para el uso de su lista en los cargos que hayan sido identificados como equivalentes a aquel al que concursó, y definirá la tarifa que debe pagar el ICBF por tal uso. Dentro de los tres días hábiles siguientes de obtenido el concepto favorable, el ICBF expedirá el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta su uso, el cual enviará dentro de los tres días siguientes a la CNSC quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres días.

Una vez la CNSC realice tal actividad, el ICBF contará con tres días hábiles para informar a MANUEL ORLANDO MENA ZAPATA las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una, para la cual ésta contará con diez días, elección con base en la cual el ICBF expedirá la respectiva resolución de

nombramiento en periodo de prueba en un término de tres días, y a partir de allí se adelantarán los trámites de aceptación y posesión y demás necesarios para concretar el derecho, de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015 y demás normas aplicables.

En todo caso, que la actuación globalmente considerada no exceda una duración mayor de 30 días, y para su cabal realización las Accionadas deberán actuar de manera coordinada y colaborativa, en función del principio consignado en el artículo 113 de la Constitución Nacional.

4. Se tomen las determinaciones que el señor Juez considere conducentes para la efectividad de la protección de los derechos vulnerados, para si obtener mi correspondiente nombramiento en periodo de prueba.

4. FUNDAMENTOS DE DERECHO

4.1. Sobre la procedibilidad de la presente acción de tutela

Como aspectos preliminares sobre la procedibilidad de la presente acción de tutela, me permito presentar lo siguiente:

4.1.1. Sobre la legitimación por activa.

Conforme con lo contemplado en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela solo puede ser ejercida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales. Esta puede actuar (i) por si misma (ii) a través de representante legal, (iii) apoderado judicial (iv) mediante la figura de la agencia oficiosa, cuando el titular de los derechos no está en condiciones de promover la acción constitucional, o (y) a través del Defensor del Pueblo o personero municipal. Para el caso que nos ocupa, estoy actuando en nombre propio en contra de la entidad accionada, en pro de la defensa de mis derechos e intereses. En consecuencia, me encuentro plenamente legitimada para interponer la presente Acción Constitucional.

4.1.2. Sobre la Legitimación por pasiva.

A este respecto, dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la Acción de Tutela para ser

demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso.

Según los artículos 86 de la Constitución Política y 10 del Decreto 2591 de 1991, la tutela precede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares. Al respecto, cabe indicar que la acción amparo es procedente contra personas naturales o jurídicas de naturaleza privada en varios casos, entre las cuales se encuentran las situaciones de subordinación o de indefensión, los agentes encargados de la prestación de servicios públicos, los medios de comunicación, entre otros. En el asunto que se presenta, se dirige contra de las entidades de derecho público: ICBF y CNSC por lo que contra esta procede la tutela.

4.1.3. Sobre la procedibilidad de la acción de tutela y la afectación a derechos fundamentales tras concurso de méritos.

Acudo a la acción constitucional de tutela directamente para ser el mecanismo idóneo para la protección de mis derechos fundamentales, pero sobre todo porque es el único eficaz, ya no solo por la onerosidad de la acción de nulidad con restablecimiento del derecho, sino también porque es imperioso evitar el vencimiento de la Lista de Elegibles de la OPEC 61462, cuya vigencia es de dos años contados, lo cual implica que, como consecuencia de la negativa del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF** para adelantar los trámites dispuestos en la Ley para dotar los empleos en vacancia con funcionarios nombrados en Carrera Administrativa a pesar de las múltiples solicitudes presentadas, estamos ante un caso claro de **perjuicio irremediable**, y adicionalmente teniendo en cuenta que también están implicados la afectación de los derechos de mi abuela adulta mayor

La Corte Constitucional Colombiana ha señalado en repetidas ocasiones en su acervo jurisprudencial que la Acción de Tutela debe ser utilizada como un medio residual y subsidiario, al que recurrir en situaciones de vulneración o amenaza de Derechos Fundamentales que pueden derivar en un **perjuicio irremediable**. Además, ha insistido en que solo se puede acudir a la Acción de Tutela cuando no existe otro medio idóneo para proteger los Derechos en situación de amenaza o vulneración mencionados.

A continuación, se expone una línea jurisprudencial, ya realizada y analizada en otros procesos de raigambre constitucional, de lo

expuesto par las salas de revisión de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y por el Consejo de Estado en lo que respecta a los concursos de mérito y la posible vulneración de derechos fundamentales que emana de las situaciones provocadas por los mismos. Por ejemplo, la Corte Constitucional ha realizado múltiples pronunciamientos defendiendo la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, y lo ha hecho argumentando que la Jurisdicción de lo Contencioso- Administrativa, por su onerosidad en tiempo y recursos, no ofrece herramientas eficaces y expeditas ni la solidez necesaria para proteger los derechos fundamentales de la igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos tras concurso de mérito.

Considera la Corte Constitucional que, icuando el inciso tercero de! artículo 86 de la carta política se refiere a que **"el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial..."**, como presupuesto indispensable para entablar la acción de tutela, **debe entenderse que ese medio tiene que ser suficiente para que a través de él se restablezca el derecho fundamental violentado o se proteja de su amenaza**, es decir, tiene que existir una relación directa entre el medio de defensa judicial y la efectividad del derecho.

Dicho de otra manera, **el medio debe ser idóneo** para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho. De no ser así, mal puede hablarse de medio de defensa. En consecuencia, aun lográndose per otras vías judiciales efectos de carácter puramente formal, sin concreción objetiva, cabe la acción de tutela para alcanzar que el derecho deje de ser simplemente una utopía⁵. Como se argumenta, la Corte Constitucional se ha pronunciado en repetidas ocasiones en la anterior dirección. Un ejemplo de larga data es la Sentencia T-315 de 1998, en la que la Corte Constitucional refirió:

*"... la Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que **la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la***

⁵ Corte constitucional. Sala Tercera de Revisión. Fallo de mayo 11 de 1992, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo

cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, **por las circunstancias excepcionales del caso concreto**, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, **podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción.**

Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional ... ". (negrillas propias)

Con posterioridad, en el fallo con radicado SU-133 de 1998, la Corte Constitucional señaló que existen circunstancias en las que los medios ordinarios no son los idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en **concursos de mérito**, destacando que:

*" ... así las cosas, esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que **supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata...** " (negrillas propias)*

Y en la misma dirección se pronunció en las Sentencias T-425 de 2001 y SU-613 de 2002, en las que afirmó:

*"... en un sin número de ocasiones esta colegiatura ha sostenido **que procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos.***

*"... existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es **el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos**, pues con ello se garantizan no solo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, **y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución.** Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. **Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor**, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos..." (negrillas propias)*

Posteriormente, en su Sentencia SU-913 de 2009, consideró:

" ... que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera **se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso**, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de

protección inmediata. Esta Corte ha expresado, que, para excluir a la tutela en estos casos, **el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales**, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular ... ". (negritas propias)

Siguiendo nuestra línea temporal, encontramos la Sentencia T-606 de 2010 en la que se indicó en el estudio de la procedibilidad de la tutela que:

"... en el caso de los concursos de méritos, se ha establecido que las acciones ordinarias como es **la acción de nulidad y Restablecimiento del derecho dilatan la obtención de los fines que persiguen**.

Así mismo, esas acciones no poseen, por la forma como están estructurados los procesos, **la capacidad de brindar una solución integral para la violación de los derechos del accionante, razón por la cual, la tutela es el mecanismo idóneo para la protección inmediata y definitiva a los derechos al debido proceso, al trabajo ya la igualdad del concursante ... "** (negritas propias)

Como conclusión preliminar, la Corte Constitucional apostilló que, aunque puedan existir otros mecanismos judiciales, para que sea exigible acudir a ellos, estos **deben tener la entidad y capacidad de excluir a la acción de tutela como mecanismo idóneo para la protección de derechos fundamentales** en referencia a concursos de mérito. Y se refirió en tal sentido argumentando que, en caso de no ser posible lo anterior, es evidente **que acudir a un proceso ordinario o contencioso-administrativo supondría una carga excesiva** que significaría, de por sí, una **vulneración a unos derechos fundamentales que, por su naturaleza, requieren siempre de una atención inmediata y eficaz**.

Veamos como la anterior tesis ha tenido impacto en las demás Altas Cortes. El Consejo de Estado a través del fallo de tutela número 25000-23-15-000-2010-00386-01 en segunda instancia afirmó que la acción de tutela puede desplazar las acciones ordinarias⁶ cuando de concursos de mérito y posterior nombramiento se

⁶ Ver Consejo de Estado, sección segunda, Sentencia 15001-23- 3 3- 000-2013-00563-02 C.P.: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

tratase, por constituir el único medio protector de derechos constitucionales. Se traslitera lo siguiente:

*"... la **doctrina constitucional** ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados. **al Juez de Tutela ASUME competencia plena y directa**, aun existiendo otros mecanismos de defensa judicial, al considerar que el recurso de amparo **puede "desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto"**, en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos.*

*Considera la **Sala, que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva y oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso. en la medida que su trámite llevaría extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata.***

*Por tal razón la jurisprudencia ha expresado que, para excluir a la tutela en esos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que **no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previo en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular.***

Estima entonces la Sala, que la acción de tutela del medio judicial idóneo para dar solución al problema planteado por el autor ... " (negritas propias)

En otro caso en particular, el Consejo de Estado en reiteración de la jurisprudencia constitucional expuso que:

*"... respecto a la procedencia de la acción constitucional frente a concurso de méritos, la Corte Constitucional ha explicado que el amparo por vía de tutela no es absoluto, sino que mérito restringido aquellos eventos relacionados con el rechazo del mérito como criterio relevante para acceder a los cargos, en detrimento de principios de objetividad y buen servicio que en muchas **ocasiones se refleja con el desconocimiento de las listas de elegibles para proveer vacantes en la administración pública. Ante la arbitrariedad, la tutela se constituye como el único medio idóneo para garantizar la protección de los derechos de quien ha resultado lesionado con una conducta de tal entidad ... " (negritas propias)***

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia sostiene una firme tesis sobre la procedencia de la acción de tutela en el caso de nombramiento de los que están en lista de elegibles. En concreto, en Sentencia STC 20877-2017 radicado 76001-22-03-000-2017-00521-02 del 12 de diciembre de 2017⁷, afirmó lo siguiente:

⁷ M.P. Margarita Cabello Blanco.

*"... aunque línea de principio, esta Sala ha sostenido insistentemente que los ataques contra las manifestaciones de voluntad de la administración debe dirigirse a través de los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sí que le está permitido al Juez Constitucional inmiscuirse en tal vez fuera de competencia, la Corte Constitucional ha hecho excepciones a dicha regla, y ha manifestado que **"en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de mérito», esta corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesar Administrativo para controvertirlas en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato judicial, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo, la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales"**⁸. (negrillas propias)*

La anterior tesis fue también sostenida por la Corte Suprema de Justicia en las siguientes Sentencias de tutela: (i) STC 10355-2018 radicado 11001-22-03-000- 2018-01217-01 del 10 de agosto del 2018, y (ir) STC 2353-2018 radicado 52001-22-13-000-2017-00306-01 del 21 de febrero del 2018⁹ Las mismas son, como se viene diciendo, reiteración de jurisprudencia constitucional. En ellas se utiliza la misma argumentación ya realizada en tanto que se declaró que:

*"... tratándose de los procesos de selección de entidades públicas que se realizan mediante **concurso de méritos**, la jurisprudencia constitucional ha hecho énfasis en que de manera excepcional **procede la acción de Amparo si se constata la violación de derechos fundamentales**; sin embargo, en tal evento, **si los medios ordinarios de defensa previstos en la ley tienen la capacidad de ofrecer una solución integral al menoscabo, pero no con la prontitud que requiere el asunto, tela procederá como mecanismo transitorio hasta que sea resuelto el instrumento del derecho común; en cambio, si los mecanismos existentes en el ordenamiento positivo no están en posibilidad cierta de predir de forma total la vulneración, la protección constitucional debe conseguirse de manera definitiva ... "** (negrillas propias)*

Como se muestra, es reiterado por parte de las Altas Cortes que las consideraciones sobre la ineficacia de las vías ordinarias para la protección de los derechos de los que integran la lista de elegibles que no son designados en el cargo pueden y deben ser solventadas vía Acción de Tutela.

Y esta situación permite concluir que, según la jurisprudencia constitucional, la **acción de tutela** es un **instrumento judicial eficaz e idóneo al que puede acudir una persona que**

⁸ Ver también Corte Constitucional. Sentencia T-180 de 16 de abril de 2015.

⁹ Ambas proferidas por el M.P. Ariel Salazar Ramírez.

necesite controvertir asuntos relacionados con la provisión de cargos de carrera administrativa de conformidad con los resultados recogidos en las Listas de Elegibles publicadas con razón de concursos de mérito, y lo es porque esta acción de amparo constitucional no solo tiene como objetivo la garantía de los derechos a la igualdad, Mérito o Debido Proceso, **sino porque exige, en añadidura, la debida aplicación del artículo 125¹⁰ de la Constitución Política y su desarrollo normativo,**

Por lo tanto, la vía para garantizar la defensa de mis derechos fundamentales vulnerados a la igualdad, al mérito y al debido proceso, así mismo, coma a los principales de confianza legítima, buena fe y seguridad jurídica, y evitar el perjuicio irremediable anotado y desarrollado con precedencia en el presente caso, es la Acción de Tutela ya que, de acudir a las acciones contencioso-administrativas, se estaría imposibilitando el logro de la protección de los derechos fundamentales en términos de celeridad, eficiencia, eficacia y economía.

4.2. **Presentación y desarrollo de los argumentos que fundan la presente acción de tutela.**

Sentado entonces que la tutela es viable en el caso concreto, la argumentación en que se fundamental las pretensiones de la presente Acción Constitucional se despliega de la siguiente manera:

¹⁰ Constitución de 1991, Artículo 125: " ... Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismas; se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos) calidades de los aspirantes, El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En Ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera. su. ascenso o remoción. PARAGRAFO. Los periodos establecidos en la Constitución Política o en la ley para cargos de elección tienen el carácter de institucionales. Quienes sean designados o elegidos para ocupar tales cargos, en reemplazo por falta absoluta de su titular, lo harán por el resto del periodo para el cual este fue elegido ... "

4.2.1. **Aplicación inmediata de la Ley 1960 del 2019 por vigencia normativa.**

A la hora de hablar del concepto de vigencia normativa es inevitable e ineludible acudir al análisis del de derogatoria normativa, proceso a través del cual las normas dejan de ser vigentes. Lógicamente, y antes de entrar en materia, es necesario aclarar que, tal y como expone el Código Civil en su artículo 71, una norma puede ser derogada de forma expresa o tácita.

De hecho, una derogación expresa tiene lugar cuando la nueva ley taxativamente lo establece, y es por eso que, por lo general, toda ley incluye al final un artículo que suele llamarse **derogatoria y vigencia**, en el cual expresamente se señala que artículos y que leyes se derogan con la promulgación de la nueva ley. En este supuesto no nos enfrentamos a ningún problema o margen interpretativo frente a la vigencia de las normas que han sido derogadas de esta manera. Es decir, no se requiere ninguna interpretación para determinar la vigencia o no de una ley anterior, sencillamente **se excluyen de la legislación o de la normatividad las leyes y los artículos expresamente señalados en la nueva ley en el artículo correspondiente.**

Distinto es el caso que se presenta cuando **la nueva norma no manifiesta expresamente la derogación de una norma anterior**, lo cual hace necesario que acudamos a la comparación entre la nueva norma y la anterior a fin de evidenciar si resultan claramente opuestas y contradictorias y poder decretar la **derogatoria tácita** y determinar si es viable interpretar o no la vigencia de la norma anterior contradictoria con la nueva. Como hemos dicho, este es un caso claro de derogatoria tácita, la cual sucede cuando la nueva **norma contradice, pugna, o colisiona con la norma anterior. cuando no es posible conciliar la norma nueva con la anterior.**

En ese sentido, se quiere aclarar que **la derogatoria tácita no necesariamente deroga toda la norma anterior, sino solo aquella parte que no sea posible conciliar, que sea claramente contradictoria.** Es más, la derogatoria tácita deja vigente en la norma anterior todo aquel aspecto que no dirima directamente con la nueva norma. Es por esto que se da el caso de que una norma puede seguir parcialmente vigente, ya que mientras existan artículos que no

sean contrarios al espíritu de la nueva norma, la anterior seguirá vigente en los aspectos conciliables con la nueva.

Siguiendo esto, y a fin de hacer aún más comprensible el planteamiento, existe un principio ya de vieja data (artículos 2 y 3 de la ley 153 de 1887), que establece el principio de la prevalencia de la ley posterior, y viene a ser el principio que da sustento a la derogatoria tácita, toda vez que cuando se expide una nueva norma, **esta derogará toda norma anterior que le sea contraria o se le oponga.**

4.2.2. Aplicación retrospectiva y preferente de la Ley 1960 de 2019.

La retrospectividad de la ley es un fenómeno que se presenta cuando la norma se aplica, desde que entra en vigor, a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa. Este instrumento se concibe como un límite a la "retroactividad de la ley", asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas, y a la superación de situaciones abiertamente discriminatorias y lesivas del principio de justicia consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano se fundamenta en los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en la sociedad. Esta aplicación está permitida, salvo que la ley determine lo contrario de forma expresa e inequívoca.

Desde la Sentencia C-168 de 1995, la Corte Constitucional asumió como propio el anterior concepto y, en forma consistente, concibió la distinción entre derechos adquiridos y otras categorías jurídicas que permiten que nuevas leyes tengan efecto general inmediato. Dentro de estas se destaca el concepto de expectativas legítimas.

De hecho, en ese sentido y en concordancia con lo expuesto, jurisprudencialmente se ha establecido que quien se encuentra en lista de elegibles tiene una expectativa legítima de ser nombrado cuando se llegue a generar una vacante, ya que solo tiene derecho adquirido quien tiene posesión meritoria respecto al número de vacantes ofertadas.

En este sentido, la Corte Constitucional en Sentencia C-619 de 2001 estableció lo siguiente:

*"... las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. **Cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata. La aplicación o efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos ...***
" (negrillas propias)

Lo anterior encuentra eco en la Sentencia T-110 del 2011, en la cual se reitera lo siguiente:

*" el fenómeno de la retrospectividad de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, **pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición.***

*De las sentencias estudiadas se extrae, en conclusión, **que (i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad;** (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; **(iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica** y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados..." (negrillas propias)*

En esa misma línea argumental, el Consejo de Estado, en sentencia 56302 de 2014 insistió en lo siguiente:

*"... frente a **situaciones inciertas y eventuales** que no se consolidaron al amparo de una normatividad anterior, opera un principio de aplicación inmediata de la ley, (...) Así, la Corte ha señalado que mientras los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos por las leyes ulteriores, por el contrario, las simples expectativas no gozan de esa protección, **pues "la ley puede modificar discrecionalmente las meras probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho."** Por ello, las expectativas que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho, pueden ser reguladas por el*

legislador "según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por para metros de justicia y de equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones ... ". (negritas propias) (Como es el caso de la Ley 1960 del 2019)".

Si bien el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019 expresa que la norma rige a partir de su publicación, es decir, hacia el futuro, lo concluido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado es que, para este tipo de casos, donde una lista de elegibles aún tiene vigencia, tales personas que no tienen posición meritosa tienen **una mera expectativa** y, por ello, debe aplicárseles esta nueva norma de forma inmediata. bajo el principio de retrospectividad.

En conclusión, la aplicación de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, en específico su artículo 6, en efecto retrospectivo, garantizará la salvaguarda de la Constitución Política, en especial su artículo 125, e imputara a una interpretación sistemática y constitucional a la normatividad que regula la carrera administrativa, máxime cuando el presupuesto de la referida norma es que: (i) se cuente con la lista de elegibles vigente, (ii) que no se tenga un derecho adquirido, como mi situación **pues ostento una mera expectativa de ser nombrado para cubrir unas vacancias definitivas que, según la documentación aportada en el presente proceso, existen, recordando siempre que el último proceso de la convocatoria es el periodo de prueba, como ya se señaló anteriormente.**

5. CON EL DECRETO 1479 DE 2017 FUERON CREADAS 3.737, EN LA ACTUALIDAD ESTÁN PROVISTOS POR PROVISIONALES EN CONTRAVÍA DEL PLAN DE DESARROLLO

Comenzaré realizando la siguiente pregunta: **¿Quiénes tienen derecho a ocupar los cargos públicos frente a la constitución?**

Para contestar esta pregunta, me remitiré al "Concepto Marco N.º 9 DESVINCULACIÓN DE PROVISIONALES EN SITUACIONES ESPECIALES PARA PROVEER EL CARGO CON QUIEN GANÓ LA PLAZA MEDIANTE CONCURSO DE

MÉRITOS”, emitido y publicado por el Departamento Administrativo de la Función Pública el 29 de agosto de 2018¹¹:

(...)

“1. *Los concursos de méritos y sus efectos*

El artículo 125 de la Constitución Política de Colombia, consagra:

“ARTICULO 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.”

De conformidad con lo anterior, la provisión definitiva de los empleos públicos de carrera debe hacerse mediante el sistema de mérito. Este se considera un óptimo instrumento para la provisión de cargos públicos basado en criterios meritocráticos y constituye uno de los ejes definitorios de la Constitución Política de 1991, es especial por su relación estrecha con el principio de acceso a desempeño de cargos públicos, la igualdad, la estabilidad y demás garantías contempladas en el artículo 53 de la Constitución.”

(...)

De lo anterior se deduce que la constitución política de 1991, privilegia el **sistema de mérito**, el concepto también hace referencia a lo siguiente:

¹¹ <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=88299>

(...)

"De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.2.5.3.4. del Decreto 1083 de 2015, y el criterio expuesto por la Corte Constitucional, la terminación del nombramiento provisional o el de su prórroga, procede por acto motivado, y sólo es admisible una motivación donde la insubsistencia invoque argumentos puntuales como la provisión definitiva del cargo por haberse realizado el concurso de méritos respectivo, la imposición de sanciones disciplinarias, la calificación insatisfactoria u otra razón específica atinente al servicio que está prestando y debería prestar el empleado concreto.

En conclusión, los servidores públicos que ocupan en provisionalidad un cargo de carrera gozan de una estabilidad laboral relativa, lo que implica que únicamente pueden ser removidos por causas legales que obran como razones objetivas que deben expresarse claramente en el acto de desvinculación, dentro de las que se encuentra la provisión del cargo que ocupaban, con una persona de la lista de elegibles conformada previo concurso de méritos¹². En esta hipótesis, la estabilidad laboral relativa de las personas vinculadas en provisionalidad cede frente al mejor derecho de quienes superaron el respectivo concurso.

En ese sentido, la situación de quienes ocupan en provisionalidad cargos de carrera administrativa, encuentra protección constitucional, en la medida en que, en igualdad de condiciones pueden participar en los concursos y gozan de estabilidad laboral, condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta tanto sean reemplazados por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo en virtud de sus méritos evaluados previamente¹³. "(El énfasis por fuera del texto original)

(...)

¹² Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-1011 de 2003, T-951 de 2004, T-031 de 2005, T-267 de 2005, T-1059 de 2005, T-1117 de 2005, T-245 de 2007, T-887 de 2007, T-010 de 2008, T-437 de 2008, T-087 de 2009, T-269 de 2009, SU-9717 de 2010 y SU-446 de 2011.

¹³ Sentencias C-064 de 2007, T-951 de 2004 y C-588 de 2009.

Con el análisis del texto se hace muy claro que los empleos en provisionalidad pueden participar también en los concursos y gozan de estabilidad laboral, estabilidad que está condicionada al lapso de duración del proceso de selección y hasta cuando sean reemplazos por quien se haya hecho acreedor a ocupar el cargo público en un concurso de méritos.

Retomo el siguiente párrafo de la sentencia C-588 de 2009:

*"De conformidad con la interpretación realizada por la Corte Constitucional, la carrera administrativa se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público, mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde, **siendo en consecuencia el mérito el factor definitorio para el acceso**, permanencia y retiro del empleo público y, en esa medida, el artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general. Estrechamente vinculado al mérito se encuentra el concurso público, que el Constituyente previó como mecanismo para establecer el mérito y evitar que criterios diferentes a él sean los factores determinantes del ingreso, la permanencia y el ascenso en carrera administrativa, constituyéndose el concurso en un instrumento que garantiza la selección fundada en la evaluación y la determinación de la capacidad e idoneidad del aspirante para desempeñar las funciones y asumir las responsabilidades propias de un cargo, e impedir que prevalezca la arbitrariedad del nominador y que, en lugar del mérito, favorezca criterios subjetivos e irrazonables. **La jurisprudencia constitucional, también ha manifestado que se quebranta la igualdad cuando se permite el acceso automático a la carrera administrativa, esto es, cuando a determinadas personas se les autoriza el ingreso a la carrera sin necesidad de pasar por un proceso orientado a valorar sus capacidades o méritos y con fundamento en la sola circunstancia de haber desempeñado en provisionalidad el cargo de carrera, y se quebranta por cuanto no tienen adquirido un derecho de ingreso a la carrera, ni siquiera por el simple hecho de haber ejercido el cargo por un periodo largo de tiempo.**" (El énfasis por fuera del texto original)*

Con los párrafos anteriores queda entonces muy bien demostrado que, según la constitución política del 91, y la jurisprudencia de las altas cortes se privilegia el acceso a los cargos públicos escogidos a través del mérito antes que los cargos públicos escogidos en provisionalidad.

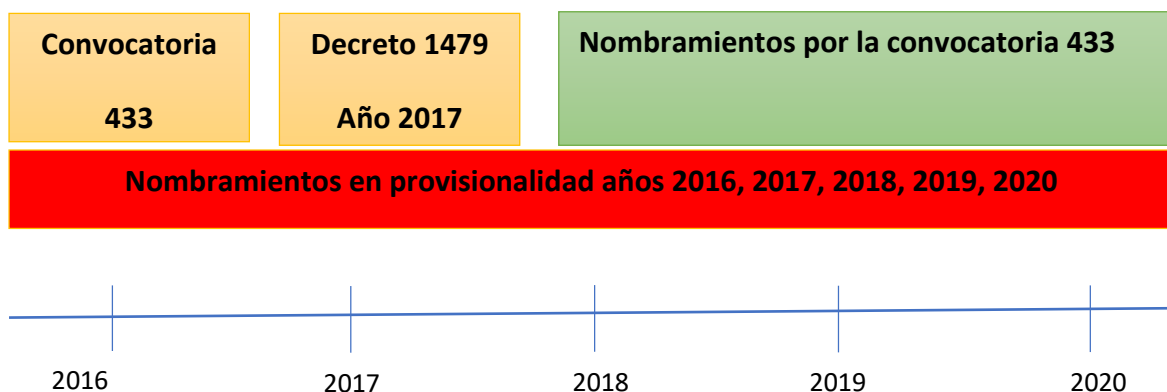


ILUSTRACIÓN 1 - LÍNEA DE TIEMPO DE LA CONVOCATORIA 433 DE 2016, EL DECRETO 1479 Y LA PROVISIÓN DE EMPLEOS EN PROVISIONALIDAD

Con el decreto 1479 del 4 de septiembre 2017 "El Gobierno nacional aprobó la creación de 3.737 empleos en la planta del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – Cecilia de la Fuente de Lleras"¹⁴, y debido a que: (a) Este decreto 1479 fue promulgado después del "Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016", (b) La política aplicada por el ICBF en relación con los nombramientos de los provisionales reflejados en las innumerables acciones de tutela interpuestas por los ciudadanos participantes de tal convocatoria¹⁵ y (c) a que no se han realizado más convocatorias para el ICBF, podemos deducir claramente que estos cargos evidentemente no fueron provistos con los empleos ofertados en la convocatoria de 433 de 2016 perteneciente al ya mencionado acuerdo, corroborándose además con la hoja electrónica publicada en la página del ICBF donde se muestra la ejecución de todo el presupuesto de la nómina¹⁶, y es por todo lo anterior que nos damos cuenta ateniéndonos a lo escrito Adicional a esto, seguir con el nombramiento de los empleos provisionales, va en contra de lo estipulado en el plan nacional de desarrollo 2018-2020¹⁷,

y es por todo lo anterior que nos damos cuenta ateniéndonos a lo escrito que al ser creados 3737 empleos en el año 2017¹⁸, existen como mínimo esa cantidad de empleos en provisionalidad, y en este decreto también se aprecia el cargo de Nombre **Profesional Universitario** código **2044**, grado **11**, al número total de cargos de esta ley es necesario sumarles las 135 vacantes que corresponde con 130 cargos que fueron declarados desiertos en la convocatoria 433 de 2016, en la resolución CNSC 20182230162005 del 4 de diciembre de 2018¹⁹, es posible que hayan más cargos pero esto es imposible conocerlo si el ICBF oculta en la información detallada correspondiente a las ubicaciones de los cargos, y toda la demás información correlacionada.

¹⁴ Resolución 7746 de 2017

¹⁵ <https://www.cnsc.gov.co/index.php/acciones-constitucionales-433-de-2016-icbf>

¹⁶ https://www.icbf.gov.co/system/files/salarios_2019.xlsx

¹⁷ <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Articulado-Plan-Nacional-de-Desarrollo-2018-2022-Pacto-por-Colombia-Pacto-por-la-Equidad.pdf>

¹⁸ Hoja No. 3 "Artículo 2. Crear los siguientes empleos de planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras"" del decreto 1479 de 2017

¹⁹ <https://www.cnsc.gov.co/index.php/normatividad-433-de-2016-icbf?download=24435:resolucion-201822301622005-icbf>

Seguir con el nombramiento de los empleos provisionales, va en contra de lo establecido en la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019 "POR EL CUAL SE EXPIDE EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO 2018-2022. "PACTO POR COLOMBIA, PACTO POR LA EQUIDAD", ARTÍCULO 263°. REDUCCIÓN DE LA PROVISIONALIDAD EN EL EMPLEO PÚBLICO. Las entidades coordinarán con la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC la realización de los procesos de selección para el ingreso a los cargos de carrera administrativa y su financiación; definidas las fechas del concurso las entidades asignarán los recursos presupuestales que le corresponden para la financiación, si el valor del recaudo es insuficiente para atender los costos que genere el proceso de selección, de acuerdo con lo señalado en el artículo 9 de la Ley 1033 de 2006."

Quiero decir con otras palabras, tenemos la oportunidad de cumplir con lo establecido en el artículo 125 de la constitución, por lo cual, todos los ciudadanos esperamos que de las instituciones del estado sigan ese camino, pero ¿Cómo reducir la provisionalidad en el empleo cuando el ICBF y la CNSC no toman las medidas necesarias con las herramientas que les da la propia ley el día de hoy?

Como un ejemplo del nombramiento de personas en empleos provisionales dentro del ICBF y en contra del ordenamiento jurídico, presento a continuación los siguientes testimonios recogidos de las diferentes acciones de tutela impetradas por participantes de la convocatoria 433 de 2016:

Tutela de la abogada Aura Montenegro Benavides²⁰ presentada en Bogotá D.C., el 20 de febrero de 2020 ante el juzgado noveno administrativo del circuito de pasto:

(...)

8. Se conoce que el ICBF ha venido realizando "nombramientos en provisionalidad" para los cargos que fueron creados con carácter permanente según Decreto N° 1479 de 2017, desconociendo la lista de elegibles elaborada y conformada por la CNSC, resultado de la Convocatoria No 433 de 2016; procediendo a nombrar profesionales que NO se encuentran

²⁰ <https://www.cnsc.gov.co/index.php/acciones-constitucionales-433-de-2016-icbf?download=34863:aura-montenegro-benavides>

en dicha lista, o que, en el evento de estarlo, no se ha atendido el estricto orden de mérito.

9. Que, como ejemplo de lo anterior, se tiene la resolución No 10561 del 14 de noviembre de 2019, mediante la cual, el ICBF bajo el argumento "Que agotada la población de servidores públicos para proveer mediante encargo los empleos de Defensor de Familia Código 21254 Grado 17, en las plazas ofrecidas, quedaron cargos vacantes. Que no existiendo servidores con derechos de carrera administrativa que pueden o quieran optar por el derecho preferente de encargo, la Entidad en ejercicio de su facultad nominadora proveerá las vacantes mediante nombramiento provisional (...), **resuelve nombrar provisionalmente a una profesional para la Regional Nariño – Grupo de asistencia técnica-, persona que valga resaltar, NO SE ENCUENTRA en la lista de elegibles.** De la misma manera, se conoce de las resoluciones 10895 del 25 de noviembre de 2019 y 8371 del 18 de septiembre de 2019, por los cuales se nombra provisionalmente para el cargo Defensor de Familia a varios profesionales para la plaza Tumaco – Nariño. **En todo caso, debe tenerse en cuenta que el ICBF ha realizado este tipo de nombramientos en provisionalidad para los nuevos cargos de Defensor de Familia en todo el país (Antioquia, Bolívar, Caldas, Risaralda, Valle, Bogotá, Cundinamarca, Santander, Chocó, etc.) como bien se puede constatar en la página WEB del ICBF, con las publicaciones de las resoluciones de nombramiento."**

10. **Lo anterior da cuenta que el ICBF ha provisto a través de nombramiento en provisionalidad, los nuevos cargos de Defensor de Familia creados por el Decreto N.º 1479 de 2017, sin hacer uso de la lista de elegibles, la cual se encuentra VIGENTE, donde no solo la suscrita accionante, sino también otros profesionales que la integran, hemos agotado el concurso de méritos – convocatoria 433 de 2016- y por lo tanto, nos encontramos en turno de opción para el nombramiento de las nuevas vacantes."** (El énfasis en letra negrita por fuera del texto)

(...)

Testimonio que muestra las actuaciones del ICBF, y que definitivamente van en contra de lo estipulado en el plan de ordenamiento territorial 2018-2022, y el artículo 125 de la constitución política de Colombia y consecuentemente en contra de las personas que hemos puesto la confianza en las gestiones del ICBF para el nombramiento después de participar en un concurso público de méritos, pasar todas las pruebas, y ser seleccionados en una lista de elegibles

Tutela del Abogado Antonio José Hinestroza Marín²¹ presentada defendiendo sus propios intereses en Neiva, el 25 de febrero de 2020 ante el juzgado Cuarto penal del circuito con función de conocimiento de Huila:

(...)

OCTAVO: Como los tres primeros de la Lista fueron nombrados y posesionados en el cargo ofertado por la OPEC No. 34704, el suscrito paso (SIC) a ocupar el primer lugar dentro de la Resolución No. - CNSC - 20182230072745 DEL 17/07/2018.

No obstante, el ICBF, en relación a los tres (3) nuevos cargos de defensor de Familia, creados para el Municipio de Pitalito, con ocasión al Decreto 1479 de 2017, **cubrió dichas vacantes por personal externo en provisionalidad.**

(...)

QUINCE: El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, viene haciendo caso omiso a lo dispuesto por la Ley 1960 de 2019, la cual entró en vigencia a partir del **27 de Junio del 2019**, ya que a pesar, a que los tres cargos nuevos de Defensor de Familia de Pitalito, Huila, **creados por el Decreto 1479 de 2017**, se encuentran cubiertos en provisionalidad, no ha dado trámite al registro de elegibles existente para dichos cargos, esto es seguir con los nombramientos en propiedad, con las personas que hacemos parte de la Resolución N.º CNSC **20182230072745** del 17/07/2018.

(...)

DIECIOCHO: En el corrido del mes de febrero de 202, presente derecho de petición al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, Nivel Central, recibido el 5 de los corrientes, solicitando que como consecuencia de lo ordenado por la **Ley 1960 de 2019**, que modificó la Ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998, procediera, dentro un término perentorio de 48 horas; efectuar el acto administrativo de nombramiento, del señor ANTONIO JOSE HINESTROZA MARIN, con C.C. No 7.691.202, quien, en la actualidad, ocupa el primer lugar dentro de la Resolución No. CNSC 20182230072745 del 17/07/2018; en el cargo Defensor de Familia, Grado 17, existente en la Sede Pitalito-Huila, y que fueran creados mediante el Decreto 1479 de 2017, el cual se encentra en la actualidad ocupado de manera irregular en provisionalidad;

²¹ <https://www.cnsc.gov.co/index.php/acciones-constitucionales-433-de-2016-icbf?download=35214:antoniojosehinestroza>

sin que a la fecha de presentación de esta acción constitucional se me haya dado respuesta alguna”

(...)

“VEINTE: *Es del caso, advertir al señor Juez Constitucional, que el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, viene de manera sistemática y malintencionada, dilatando la aplicación de la Ley 1960 de 2019; empleando argumentos de que no tienen ningún soporte legal, con el fin de buscar el cumplimiento de la vigencia de los registros de elegibles existente para el Cargo de Defensores de Familia Para la Sede Pitalito, la cual vence el próximo mes de septiembre del 2020, y así mantener a su persona acomodado, muy seguramente en pago de favores políticos, dejando de un lado el mérito adquirido por las personas que si pasamos un concurso.*

En efecto en respuestas entregadas a otros concursantes que hacen parte del registro (Señor CLAUDIO HERNAN LOPEZ GUTIERREZ), le indicó que para dar cumplimiento en lo previsto en la Ley 1960 de 2019, el ICBF debe adelantar unas acciones de carácter administrativo y financiero, entre los que se encuentran: (i) LA verificación en la planta global de empleos; (ii) Identificadas las vacantes se debe reportar la OPEC; (iii) Realizar ante la CNSC la solicitud de uso de elegibles; (iv) La CNSC informa si existen listas de elegibles; (v) La CNSC define la tarifa que debe asumir y pagar la Entidad, por lo tanto, una vez se consolide la información respecto al total de vacantes a proveer por uso de listas de elegibles, se expide el Certificado de Disponibilidad Presupuestal – CDP; (vi) Enviado a la CNSC, se expide acto administrativo de autorización del uso de listas de elegibles; (vii) Dentro del término que conceda la CNSC el ICBF procederá a expedir los actos administrativos de nombramiento en periodo de prueba a que haya lugar según lo resuelto con la CNSC; los cuales serán comunicados exclusivamente a las personas cuyo nombramiento sea autorizado.” (Subrayado por fuera del texto original)

(...)

Las situaciones fácticas y jurídicas del señor Antonio José son muy similares a las del señor mías, en cuanto a que el también reclamamos el cumplimiento de la Ley 1960 de 2019, y el Sr. Antonio José muestra claramente lo que está ocurriendo en cuanto a los nombramientos de empleados en provisionalidad, frente a los nombramientos de las personas que tenemos mejor derecho al estar de primeros en listas de elegibles.

6. LA NO APLICACIÓN DE LOS ARTICULOS 6 Y 7 DE LA LEY 1960 de 2019 PARA CONVOCATORIAS ANTERIORES A LA FIRMA EXPEDICION DE LA LEY, AFIRMACIÓN REITERATIVA DE LA CNSC, APLICACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE FRENTE A LA ULTRA ACTIVIDAD APLICADA POR LA CNSC EN EL SEGUNDO CRITERIO INCONSTITUCIONAL

Referente a este punto debo hacer notar que la comisión Nacional del Servicio Civil, con sus criterios Unificados 1 y 2 no se ciñen a la Ley 1960 de 2019, expondré una explicación amplia relacionada con lo escrito en criterio unificado 2 expedido por la CNSC, los criterios son tomados como reglas por las entidades nominadoras para sus procesos de selección (ICBF en este caso):

1. El primer criterio expedido el 1 de agosto de 2019 adoptaba lo siguiente:

(...)

“CRITERIO ADOPTADO

Las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria.

De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la Ley 1960, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para las listas de elegibles.

En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada.”

(...)

Sin embargo, no analizaré debido a que el criterio unificado de la CNSC del día 16 de enero de 2020 dejó sin efectos este criterio DEL 1 DE AGOSTO DE 2019, por lo tanto, me enfocaré en analizar punto por punto todo el criterio de la CNSC del día 16 de enero de 2020 a continuación:

Transcripción del criterio:

CRITERIO UNIFICADO

"USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019"

Ponente: Comisionado Fridole Bailén Duque.

Fecha de sesión: 16 de enero de 2020.

La Sala Plena de la CNSC, en sesión del 16 de enero de 2020, aprobó el Criterio Unificado USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019.

MARCO JURÍDICO

El uso de Listas de Elegibles se encuentra regulado por las siguientes disposiciones legales y reglamentarias:

- Ley 909 de 2004
- Decretos 1083 de 2015 y 648 de 2017
- Ley 1960 de 2019

PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

1. ¿Cuál es el régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas y en firme en los procesos de selección convocados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019?
2. ¿Cuál es el régimen aplicable a las listas de elegibles que se conformen en los procesos de selección convocados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019?

RESPUESTA AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO:

El artículo 6 de la Ley 1960 de 2019¹, modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, previendo lo siguiente:

"(...)

"4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional de/ Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. **Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.** (Resaltado fuera de texto)

La CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, a través de la Circular Conjunta No. 20191000000117 de 29 de julio de 2019², numeral 6°, impartieron instrucciones sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019 a partir de su entrada en vigencia y en relación con los procesos de selección a los que aplica, así:

"Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones"

:"Por la cual se imparten lineamientos frente a la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, en relación con la vigencia de la ley-procesos de selección, informe de las vacantes definitivas y encargos"

(Este recuadro no está en el texto original del criterio de la comisión, pero es colocado aquí para indicar las notas al pie de página que el texto original posee)

"(...) El artículo 7° de la Ley 1960 de 2019, prevé: "(...) la presente ley rige a partir de su publicación (...)" hecho que acaeció con la publicación realizada en el Diario Oficial No. 50997 del 27 de junio de 2019.

Conforme con las etapas definidas en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el precedente jurisprudencial, los procesos de selección existen jurídicamente desde el momento en que son aprobados por la Sala Plena de la CNSC, como consecuencia del agotamiento de la etapa previa de planeación y coordinación interinstitucional.

Los procesos aprobados en sesión de Comisión hasta antes del 27 de junio de 2019, podrán ser modificados, corregidos o aclarados en cualquiera de sus aspectos en los términos de la normatividad que se encontraba vigente antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019.

Con fundamento en lo antes citado, los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019 se regirán por el artículo 29 de la Ley 909 de 2004 vigente antes de su modificación.

(...)"

Lo anterior, en concordancia con el Principio de Ultra actividad de la Ley, mismo que en la doctrina de la Corte Constitucional, Sentencia C-763 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, fue enunciado en los términos que a continuación se exponen:

"[...]"

Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación "Tempus regit actus, que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultra actividad de las normas, que son derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc. [...]"

En virtud de los apartes jurisprudenciales en cita y teniendo en cuenta que el concurso está integrado por diferentes actos administrativos iniciando con el de convocatoria al proceso de selección y culminando con el de evaluación del período de prueba, se concluye que las convocatorias para proveer vacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la

convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes.

Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.

De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos"; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con [os que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

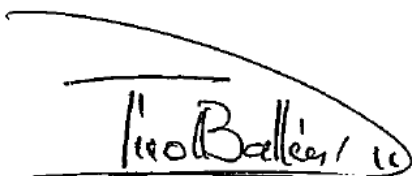
RESPUESTA AL SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO:

El enfoque dado por la Ley 1960 de 2019, para los procesos de selección, implica que éstos deberán ser estructurados considerando el posible uso que pueda hacerse de las listas de elegibles para empleos equivalentes, con el objeto de lograr que ellos sean equiparables desde el proceso de selección.

Por tanto, el nuevo régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas por la CNSC en el marco de los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes de los "**mismos empleos**" o vacantes en cargos de empleos equivalentes.

Se deja sin efecto el Criterio Unificado de fecha 1 de agosto de 2019, "Listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019", junto con su Aclaración.

El presente Criterio Unificado fue aprobado en sesión El presente Criterio Unificado fue aprobado en sesión de Sala Plena de la CNSC celebrada el día 16 de enero de 2020.



FRIDOLE BALLÉN DUQUE
Presidente

Número de Orden	Texto Original	Análisis
<p style="font-size: 48px; color: blue; text-align: center;">1</p>	<p><i>La Sala Plena de la CNSC, en sesión del 16 de enero de 2020, aprobó el Criterio Unificado USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019.</i></p> <p>MARCO JURÍDICO</p> <p><i>El uso de Listas de Elegibles se encuentra regulado por las siguientes disposiciones legales y reglamentarias:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - Ley 909 de 2004 - Decretos 1083 de 2015 y 648 de 2017 - Ley 1960 de 2019 <p>PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS</p> <p>1. <i>¿Cuál es el régimen aplicable a las listas de elegibles conformadas y en firme en los procesos de selección convocados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019?</i></p> <p>2. <i>¿Cuál es el régimen aplicable a las listas de elegibles que se conformen en los procesos de selección convocados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019?</i></p> <p>RESPUESTA AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO:</p> <p><i>El artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, previendo lo siguiente:</i></p> <p><i>“(…)”</i></p> <p><i>”4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.</i> <i>(Subrayado fuera del texto)</i></p>	<p>Lo planteado en esta sección hace referencia al marco jurídico ya bien conocido por todos, lo más importante es que aquí se plantean dos problemas jurídicos, relacionados con el régimen aplicar según la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, en la RESPUESTA AL PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: ya se menciona la inclusión del numeral 4 dentro del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, todo esto completamente cierto y no es cuestionado</p> <p>El segundo (2) problema jurídico planteado por la CNSC no lo analizaré porque no aplica para el caso en concreto, debido a que se refiere a las convocatorias con procesos convocados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019</p>

Número de Orden	Texto Original	Análisis
1	<p>La CNSC y el Departamento Administrativo de la Función Pública -DAFP-, a través de la Circular Conjunta No. 2019100000117 de 29 de julio de 2019², numeral 6°, impartieron instrucciones sobre la aplicación de la Ley 1960 de 2019 a partir de su entrada en vigencia y en relación con los procesos de selección a los que aplica, así:</p> <p>“(…) El artículo 7° de la Ley 1960 de 2019, prevé: “(…) la presente ley rige a partir de su publicación (…)” hecho que acaeció con la publicación realizada en el Diario Oficial No. 50997 del 27 de junio de 2019.</p> <p>Conforme con las etapas definidas en el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 y el precedente jurisprudencial, los procesos de selección existen jurídicamente desde el momento en que son aprobados por la Sala Plena de la CNSC, como consecuencia del agotamiento de la etapa previa de planeación y coordinación interinstitucional.</p> <p>Los procesos aprobados en sesión de Comisión hasta antes del 27 de junio de 2019, podrán ser modificados, corregidos o aclarados en cualquiera de sus aspectos en los términos de la normatividad que se encontraba vigente antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019.</p> <p>Con fundamento en lo antes citado, los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019 se regirán por el artículo 29 de la Ley 909 de 2004 vigente antes de su modificación.</p> <p>(…)”</p>	<p>Desde este punto la CNSC ya comienza a apartarse de la aplicación del principio de retrospectividad de las normas, tema bien tratado por la Corte Constitucional: en su sentencia T-110/11:</p> <p>El fenómeno de la retrospectividad de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición. Este instrumento ha sido concebido por la jurisprudencia nacional como un límite a la retroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad. De las sentencias estudiadas se extrae, en conclusión, que (i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad; (ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores; (iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y; (iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados” (en negrita por fuera del original)</p>

La jurisprudencia es muy clara en relación con la aplicación del fenómeno de la retrospectividad

Número de Orden	Texto Original	Análisis
2	<i>(El mismo Texto del anterior párrafo, del punto 2)</i>	<p>Continuación del análisis del punto 2, podemos recordar la Sentencia C147-97:</p> <p><i>Las "meras expectativas", se reducen a la simple posibilidad de alcanzar un derecho y que, por lo mismo, no son más que una intención o una esperanza de obtener un resultado jurídico concreto. Por lo tanto, la ley nueva si puede regular ciertas situaciones o hechos jurídicos que aun cuando han acaecido o se originaron bajo la vigencia de una ley no tuvieron la virtud de obtener su consolidación de manera definitiva, como un derecho, bajo la ley antigua. No obstante, las expectativas pueden ser objeto de alguna consideración protectora por el legislador, con el fin de evitar que los cambios de legislación generen situaciones desiguales e inequitativas o de promover o de asegurar beneficios sociales para ciertos sectores de la población o, en fin, para perseguir cualquier otro objetivo de interés público o social. Es así como la ley nueva puede tomar en cuenta hechos o situaciones sucedidos en vigencia de la ley antigua para efectos de que con arreglo a las disposiciones de aquélla puedan configurarse o consolidarse ciertos derechos (efecto retrospectivo). (negritas por fuera del texto original)</i></p>

Los declarados inconstitucionales **CRITERIOS UNIFICADOS** de la **CNSC** transgreden el principio de legalidad, el principio de favorabilidad, el principio de inescindibilidad de las normas y el principio del mérito para el acceso a cargos públicos.

Número de Orden	Texto Original	Análisis
<p style="font-size: 48px; color: blue; text-align: center;">3</p>	<p><i>Lo anterior, en concordancia con el Principio de Ultra actividad de la Ley, mismo que en la doctrina de la Corte Constitucional, Sentencia C-763 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería, fue enunciado en los términos que a continuación se exponen: “[...]”</i></p> <p><i>Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación “Tempus regit actus, que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultra actividad de las normas, que son derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc. [...]”</i></p>	<p>La sentencia evidentemente existe, pero los funcionarios de la CNSC al citar dicha sentencia C-763 de 2002²², olvidan tener en cuenta las “VI. CONSIDERACIONES” escritas en esa misma sentencia, donde explica claramente lo siguiente:</p> <p><i>“1. Las normas relativas al tránsito de las leyes procesales en nuestro ordenamiento constitucional.</i></p> <p><i>Tal como lo ha venido sosteniendo esta Corporación,[1] las normas superiores relativas a los efectos del tránsito de legislación se encuentran concentradas básicamente en los artículos 58 y 29 de la Constitución Política. El primero de ellos garantiza de “(...) la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores.”</i></p> <div style="display: flex; justify-content: space-around; margin-top: 20px;"> <div data-bbox="877 816 1129 1263" style="border: 1px solid orange; padding: 5px; width: 45%;"> <p>Nota: La comisión en este criterio no aplica el principio de favorabilidad laboral establecido en nuestra constitución; también debe tenerse presente que los empleados provisionales tienen estabilidad laboral relativa.</p> </div> <div data-bbox="1455 854 1856 946" style="border: 1px solid orange; padding: 5px; width: 45%;"> <p>Precisamente se escribe claramente: derechos adquiridos, es mi caso</p> </div> </div>

²² <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-763-02.htm>

Número de Orden	Texto Original	Análisis
3	<i>(El mismo Texto del anterior párrafo, del punto 3)</i>	<p>Podemos hacer una asociación de lo promulgado por la CNSC en este punto, con la respuesta a mi derecho de petición CNSC fue PQR 201811230084 del 23 de noviembre de 2018 a saber:</p> <p><i>“Así las cosas, resulta claro que las listas de elegibles generan un derecho adquirido a los elegibles que, al someterse a un riguroso proceso de selección, ocupan las primeras posiciones y consecuencia de su ejercicio, deben ser nombrados en los empleos por los cuales concursaron. A diferencia, a los elegibles que en razón a su puntaje no obtuvieron la posición meritatoria que les generara el derecho a ser nombrados, le asiste una expectativa frente a la utilización de listas de elegibles para la provisión de dicho empleo.”</i></p> <p><i>Utilizando los propios términos de la CNSC, al yo tener una mera expectativa dicha entidad están afirmando de forma tácita que se presenta una situación no definida, en curso, que no ha generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos, y es por esta razón que se debe aplicar la ley de forma inmediata, además dicha ley 1960 de 2019 lo contempla expresamente: “ARTÍCULO 7. La presente Ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.”²³</i></p> <p><i>Y debemos tener presente el principio de favorabilidad enmarcado en el artículo 53 de nuestra constitución política que cito a continuación²⁴:</i></p> <p><i>“ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; <u>situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho</u>; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.” (Subrayado y en negrita fuera del texto original)</i></p>

²³ <https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201960%20DEL%2027%20DE%20JUNIO%20DE%202019.pdf>

²⁴ <http://wsp.presidencia.gov.co/Normativa/Documents/Constitucion-Politica-Colombia.pdf>

Número de Orden	Texto Original	Análisis
<p style="text-align: center; font-size: 2em; color: blue;">3</p>	<p>(El mismo Texto del anterior párrafo, del punto 3)</p>	<p>(Continuación...)</p> <p>"Y el segundo, tuitivo del debido proceso en tanto "(...) nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...); advirtiendo que "(...) <u>en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.</u>" En el mismo sentido los artículos 338 y 363 superiores destacan por su rechazo a la retroactividad de la ley. (Subrayado por fuera del texto original)"</p> <p>He subrayado lo anterior porque aquí se evidencia la aplicación del principio de favorabilidad como una excepción, continua la misma sentencia C-763 de 2002²⁵, en su parte considerativa:</p> <p>(...) "La fórmula general que emana del artículo 58 de la Constitución para solucionar los anteriores conflictos, como se dijo, es la irretroactividad de la ley, pues ella garantiza que se respeten los derechos legítimamente adquiridos bajo la ley anterior, sin perjuicio de que se afecten las meras expectativas de derecho. <u>No obstante, la misma Carta fundamental en el mencionado artículo, autoriza expresamente la retroactividad de las leyes penales benignas al reo, o de aquellas que comprometen el interés público o social.</u> Ahora bien, cuando se trata de situaciones jurídicas en curso, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ésta entra a regular dicha situación en el estado en que esté, sin perjuicio de que se respete lo ya surtido bajo la ley antigua". (Subrayado y negritas por fuera del texto original) (...)</p> <p>Por lo anteriormente citado y resaltado, podemos interpretar de forma clara que la carta fundamental autoriza expresamente la retroactividad de las leyes penales benignas al reo o de aquellas que comprometen el interés público o social. <u>Y que la ley entra en vigencia cuando se trata de situaciones jurídicas en curso</u>, que no han generado situaciones consolidadas ni derechos adquiridos en el momento de entrar en vigencia la nueva ley.</p> <p>Y en cuanto a las leyes de procedimientos explica más la Sentencia C-763:</p> <p>(...) "<u>Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. En efecto, todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme.</u></p> <p>Y todo esto, desde luego, siempre que se respete el principio de favorabilidad penal. (...)</p>

²⁵ <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2002/C-763-02.htm>

Número de Orden	Texto Original	Análisis
<p style="font-size: 48px; color: blue; text-align: center;">4</p>	<p><i>En virtud de los apartes jurisprudenciales en cita y teniendo en cuenta que el concurso está integrado por diferentes actos administrativos iniciando con el de convocatoria al proceso de selección y culminando con el de evaluación del período de prueba, se concluye que las convocatorias para proveer vacantes definitivas de empleos de carrera, iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, deberán agotar el procedimiento conforme a las reglas previamente establecidas en la convocatoria y en las normas que le sirvieron de sustento, con el fin de garantizar seguridad jurídica a las entidades y a los aspirantes.</i></p> <p><i>Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria</i></p>	<p>Los “apartes jurisprudenciales en cita” que menciona el comunicado de la CNSC solo confirman:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Se afirma que la iretrospectividad aplicará para asuntos o <u>hechos que ya se consolidaron</u>. 2. La CNSC solo toma una parte de la jurisprudencia, citada en la propia cita de la Sentencia C-763 realizada por ellos, donde repito el aparte: <p style="margin-left: 40px;">(...)</p> <p style="margin-left: 40px;"><i>“Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. En efecto, todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme”²⁶.</i></p> <p style="margin-left: 40px;">Y todo esto, desde luego, siempre que se respete el principio de favorabilidad penal. (...)</p> 3. La CNSC afirma claramente en sus respuestas que a los que no ocuparon los primeros lugares solo les asisten meras expectativas; y también que seguirán las reglas previstas antes en la Ley 909 de 2004 para para las listas de elegibles firmadas antes de la 1960, en resumen, no aplicarán la ley 1960 de 2019 para tales convocatorias.

²⁶ Sentencia C-619 de 2001

Número de Orden	Texto Original	Análisis
<p>(Continuación...)</p> <p style="font-size: 48px; color: blue; text-align: center;">5</p>	<p>De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos"; enténdase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.</p>	<p>Es necesario recordar también que La CNSC Y EL ICBF al ser autoridades administrativas en el ejercicio de sus funciones y para la adopción de sus decisiones, deben acatar el <u>precedente judicial dictado por la corte constitucional</u>,</p> <p>7.2.1 En esta oportunidad, la Corte reitera nuevamente el mandato superior de sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y por ende al precedente judicial de las Altas Cortes, en desarrollo del Estado Social y Constitucional de Derecho –art.1 CP-; los fines esenciales del Estado–art.2-; la jerarquía superior de la Constitución –art.4-; la sujeción de las autoridades públicas a la Constitución -artículos 6º, 121 y 123 CP-; el debido proceso y principio de legalidad –art. 29 CP; el derecho a la igualdad –art. 13 CP-; la buena fe de las autoridades públicas –art. 83 CP-; los principios de la función administrativa –art. 209 CP-; la fuerza vinculante del precedente judicial -artículo 230 superior-; y la fuerza vinculante de las decisiones de constitucionalidad - artículo 241 de la Carta Política-</p> <p>7.2.2 En desarrollo de estos preceptos constitucionales, la Sala reitera igualmente, las reglas jurisprudenciales expuestas en detalle en la parte motiva y considerativa de esta sentencia, que han sido fijadas y desarrolladas en múltiples pronunciamientos de esta Corporación, entre las más importantes las siguientes:</p> <p>(i) todas las autoridades públicas administrativas se encuentran sometidas al imperio de la Constitución y la ley, por expreso mandato constitucional, lo cual implica el necesario acatamiento del precedente judicial emanado de las Altas Cortes;</p> <p>(ii) el entendimiento del imperio de la ley, a la que están sujetas las autoridades administrativas y judiciales, debe entenderse como referido a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, incluyendo la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales;</p> <p>(iii) todas las autoridades administrativas se encuentran obligadas a interpretar y aplicar las normas a los casos concretos de conformidad con la Constitución y la ley;</p> <p>(iv) todas las autoridades administrativas deben aplicar las normas legales en acatamiento del precedente judicial de las Altas Cortes o fundamentos jurídicos aplicados en casos análogos o similares, aplicación que en todo caso debe realizarse en consonancia con la Constitución, norma de normas, y punto de partida de toda aplicación de enunciados jurídicos a casos concretos;</p> <p>(v) el respeto del precedente judicial por parte de las autoridades administrativas se fundamenta (a) en el respeto del debido proceso y del principio de legalidad en materia administrativa –art. 29, 121 y 122 Superiores-; (b) en el hecho que el contenido y alcance normativo de la Constitución y la ley es fijado válida y legítimamente por las altas Cortes, cuyas decisiones hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante; (c) en que las decisiones de las autoridades administrativas no pueden ser arbitrarias y deben fundamentarse de manera objetiva y razonable; (d) en que el desconocimiento del precedente y con ello del principio de legalidad implica la responsabilidad de los servidores públicos</p>

Número de Orden	Texto Original	Análisis
<p>(Continuación...)</p> <p style="font-size: 48px; text-align: center;">4</p>	<p>(El mismo texto del anterior párrafo)</p>	<p>(art. 6 y 90 C.P.); y (e) en que las actuaciones y decisiones de las autoridades administrativas deben respetar la igualdad de todos ante la ley –art. 13 C.P.;</p> <p>(vi) si existe por tanto una interpretación judicial vinculante, las autoridades administrativas deben aplicar al caso en concreto similar o análogo dicha interpretación; ya que para estas autoridades no es válido el principio de autonomía o independencia, válido para los jueces;</p> <p>(vii) aún en aquellos asuntos o materias que eventualmente no hayan sido interpretados y definidos previamente por la jurisprudencia, o respecto de los cuales existan criterios jurisprudenciales disímiles, las autoridades administrativas no gozan de un margen de apreciación absoluto, por cuanto se encuentran obligados a interpretar y aplicar las normas al caso en concreto de manera acorde y ajustada a la Constitución y a la ley, y ello de conformidad con el precedente judicial existente de las altas Cortes;</p> <p>(viii) en caso de falta de precisión o de contradicción del precedente judicial aplicable, corresponde, prioritariamente, al alto tribunal precisar, aclarar y unificar coherentemente su propia jurisprudencia;</p> <p>(ix) en caso de existencia de diversos criterios jurisprudenciales sobre una misma materia, corresponde igualmente a las autoridades públicas administrativas, evidenciar los diferentes criterios jurisprudenciales aplicables para fundamentar la mejor aplicación de los mismos, desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad, y optar por la decisión que, de mejor manera interprete el imperio de la Constitución y de la ley, para el caso concreto;</p> <p>(x) los fallos de la Corte Constitucional tanto en ejercicio del control concreto como abstracto de constitucionalidad, hacen tránsito a cosa juzgada y tienen fuerza vinculante, en su parte resolutive (erga omnes en el caso de los fallos de control de constitucionalidad de leyes, e inter partes para los fallos de tutela) y, en ambos casos, las consideraciones de la ratio decidendi tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas;</p> <p>(xi) el desconocimiento del precedente judicial de las Altas Cortes por parte de las autoridades administrativas, especialmente de la jurisprudencia constitucional, implica la afectación de derechos fundamentales, y por tanto una vulneración directa de la Constitución o de la ley, de manera que puede dar lugar a (i) responsabilidad penal, administrativa o disciplinaria por parte de las autoridades administrativas, (ii) la interposición de acciones judiciales, entre ellas de la acción de tutela contra actuaciones administrativas o providencias judiciales.</p> <p>Con fundamento en todo lo anterior, la Sala ratifica la obligación de todas las entidades públicas y autoridades administrativas de aplicar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes, tanto en la jurisdicción ordinaria por la Corte Suprema de Justicia, como en la jurisdicción contenciosa administrativa por el Consejo de Estado, y en la jurisdicción constitucional por la Corte Constitucional, a partir de las normas constitucionales y reglas jurisprudenciales que fueron analizadas en detalle en la parte considerativa de esta sentencia y que se sistematizan en este apartado.”</p>

Número de Orden	Texto Original	Análisis
5	(El mismo texto del anterior)	<p>Y he querido traer a relación la anterior sentencia de la corte constitucional, debido a que precisamente la CNSC y el ICBF están desconociendo el principio de favorabilidad, principio constitucional que ya tiene amplia jurisprudencia, y al ser de esta forma las dos entidades aquí accionadas tienen la obligación de cumplir con la constitución y “el precedente judicial de las altas cortes, en el desarrollo del Estado Social y Constitucional de Derecho”²⁷.</p> <p>La respuesta del ICBF donde menciona que:</p> <p><i>De acuerdo con lo expuesto y dado que la Convocatoria 433 de 2016 se adelantó con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019 (norma que permitió hacer uso de las listas de elegibles en empleos equivalentes), los usos de listas que la CNSC apruebe para el ICBF serán únicamente para proveer vacantes de los mismos empleos reportados.</i></p> <p><i>Claramente va en contra de lo indicado en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, como ya fue detalladamente analizado en este escrito. (Respuesta anexada en las pruebas)</i></p> <p>Con la no aplicación del artículo 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, el ICBF y la CNSC están vulnerando derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política de Colombia.</p>

²⁷ Sentencia C-539-11

Número de Orden	Texto Original	Análisis
5	<p><i>De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos"; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.</i></p>	<p>Resumiendo, este punto del comunicado en análisis, para los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019, las vacantes de las OPEC originales de la convocatoria, y para cubrir las nuevas vacantes que correspondan con los "mismos empleos" es decir según la propia definición de la CNSC con el mismo número de OPEC, en síntesis, aplicando las reglas anteriores, en resumidas cuentas, no van a aplicar la Ley 1960 de 2019, para convocatorias anteriores al 27 de junio de 2019.</p> <p>Y aquí definitivamente debo referirme al fallo de la Tutela del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA en contra de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, E INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF, en sentencia de segunda Instancia, con número de radicación 76 0001 33 33 021 2019 00234 01, donde claramente se hace alusión a la aplicación de la siguiente forma:</p> <p><i>"7.4. Tesis de la Sala Mixta de Decisión</i></p> <p><i>La Sala considera que las demandadas vulneran los derechos de la actora y de todos los integrantes de la lista de elegibles al no aplicar el artículo 6º e ley 1960 de 2019 so pretexto del "Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019" reglamento que excede la norma de mayor jerarquía desarrollada, al condicionar las listas de elegibles vigentes a la fecha de la convocatoria del concurso, limitante que no establece la ley y que desconoce principios constitucionales como el del mérito para acceder a cargos públicos; en consecuencia, la sentencia será revocada en su lugar para en su lugar, tutelar los derechos fundamentales de la accionante, con efectos intercomunis, respecto de quienes hacen parte de la lista de elegibles de conformidad con lo establecido T-946 de 2011"</i></p> <p>Siendo en este punto muy clara la sentencia de segunda instancia del honorable tribunal del Valle del Cauca²⁸ en cuanto a que la CNSC estaba limitando la utilización de la lista de elegibles vigentes a la fecha de la convocatoria del concurso, situación que se repite actualmente porque la CNSC sigue de facto aplicando el mismo criterio del 1 de agosto de 2019; y es por esto que ruego y la del Tribunal de Pamplona al juez que dicha sentencia sea tomada como un precedente judicial</p>

Y seguramente lo seguirá haciendo hasta que la Corte Constitucional le informe lo contrario, sin embargo, debemos recordar que ya tiene la CNSC una orden de cumplimiento para el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, y dos tribunales que le inaplicaron el criterio

²⁸ <https://www.cnsc.gov.co/index.php/acciones-constitucionales-433-de-2016-icbf?download=33848:jessicalorenareyescontreras>

Con todo el análisis anteriormente establecido, nos damos cuenta que la no aplicación por parte de la CNSC y el ICBF de la Ley 1960 de 2019, hace que no se puedan nombrar las personas en lista de elegibles vigentes, cuyos cargos correspondan con “**empleos equivalentes**” termino definido en el Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015 se establece: “*Artículo 2.2.11.2.3. Empleos equivalentes. Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias iguales o similares y tenga una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala salarial cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o en el 10% de la asignación salarial cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.*”, y estos empleos equivalentes se encuentran distribuidos en cada uno de las 33 regionales del ICBF.

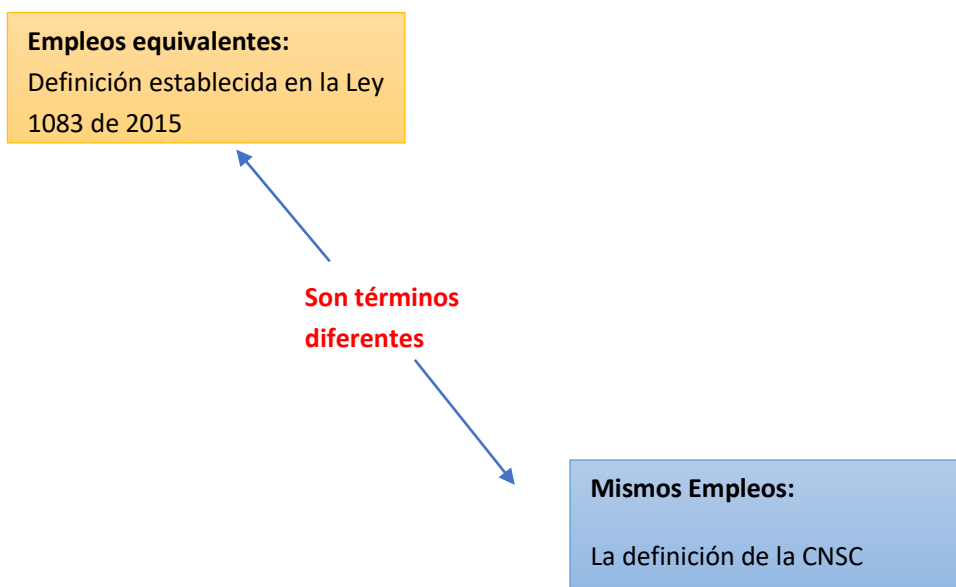
La Planta de personal del ICBF es global, como bien se puede verificar en las respuestas dadas en los derechos de petición, contestaciones a demandas, y eso también está establecido en su manual de funciones²⁹ para los empleos Denominados **Profesional Universitario** Código **2044** de Grado **11**, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar no me dio certeza de cuantas y cuales vacantes hay provistas por encargo y en provisionalidad, tal como fue explicado en la primera instancia, y es por esta razón que no solicité en dicha tutela ser nombrado en periodo de prueba en la ciudad de Cali, pero tengo conocimiento que hay varias personas con edades cercanas a la Jubilación, entre ellas una profesional del **Centro Zonal Centro** en la ciudad de Cali, profesional con la que he tenido la oportunidad de dialogar en anteriores oportunidades teniendo la plaza que ella ocupa el mismo perfil profesional requerido, y sirve perfectamente como una demostración de “empleos equivalentes” dentro del Valle del Cauca. Por esta razón que solicito al señor Juez que ordene al ICBF sean respondidos mis dos derechos de petición ya nombrados en la acción de amparo de primera instancia, y de esta forma se cumplan con el deber constitucional relacionado con el derecho de petición.

Adicionalmente a todo esto, debo informar que tengo una parte de una certificación que del Director de Gestión Humana del ICBF por un requerimiento de la señora Juez **OLGA XIMENA GONZÁLEZ MELO** del Juzgado Octavo(8) Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, D.C. efectuado el día 21 de febrero de 2020 donde se certifica y nos dan certeza que dentro de las 10 Vacantes creadas con el decreto 1479 de 2017 se encuentran nombradas 6 personas por encargo, 3 personas en provisionalidad, y 1 de esos cargos está vacante actualmente, *todas estas vacantes después de ser creadas no fueron provistas por la convocatoria 433 de 2016*, dentro de la tabla aportada por el ICBF se observa que ellas corresponden con cargos que pueden desempeñar los contadores públicos, esto se observa por los nombres de dos columnas, Dependencia, y Código de profesión:

²⁹ https://www.icbf.gov.co/system/files/1_resolucion_7444_de_2019_modifica_resolucion_no_1818-19_manual_especifico_de_funciones_y_compe.pdf

A estas 10 vacantes definitivas puedo aspirar por corresponder el mismo Nombre, Código, Grado, y “*funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias iguales o similares y tenga una asignación básica mensual igual o superior*”³⁰ es decir por ser ellos “**empleos equivalentes**” establecidos en el Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015, a las 10 vacantes le sumamos por lo menos 50 vacantes más relacionadas en las tablas de las páginas 32 a 39

Adicionalmente a esto, por favor señor Juez tenga en cuenta que, hasta el momento, el ICBF ha ocultado el número de cargos **Profesional Universitario**, Código **2044**, grado **11**, que se encuentran en las 33 regionales, provistos por encargo o en provisionalidad, que deben ser provistos con empleados que hayan participado en una convocatoria pública de empleo, según lo establecido en la ley, el ocultamiento se hace evidente con la no respuesta de mis dos derechos de petición.



O podemos verlo así:

Mismo empleo es diferente de **Empleo Equivalente**

³⁰ Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015

VACANTES DECRETO 1479 DE 2017

REGIONAL	MUNICIPIO	ESTADO VACANTE	DEPENDENCIA	CARGO	CODIGO	GRADO	COD PROFESION	ASIGNACION BASICA
DIRECCION GENERAL		ENCARGO	GRUPO FINANCIERO	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	1108	ADMINISTRATIVOS	3.055.244
DIRECCION GENERAL		ENCARGO	GRUPO DE CONTABILIDAD	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	1108	CONTADURIA	3.055.244
DIRECCION GENERAL		ENCARGO	GRUPO DE CONTABILIDAD	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	1108	CONTADURIA	3.055.244
DIRECCION GENERAL		ENCARGO	GRUPO DE CONTABILIDAD	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	1108	CONTADURIA	3.055.244
DIRECCION GENERAL		ENCARGO	GRUPO DE PLANEACION Y SEGUIMIENTO FINANCIERO Y DE GESTION	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	1108	ADMINISTRATIVOS	3.055.244
DIRECCION GENERAL		ENCARGO	GRUPO DE PRESUPUESTO	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	1108	CONTADURIA	3.055.244
CUNDINAMARCA		VACANTE	GRUPO DE REGALDO	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	1118	OTROS PROF.	3.055.244
DIRECCION GENERAL		PROVISIONAL	GRUPO DE CONTABILIDAD	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	1108	CONTADURIA	3.055.244
DIRECCION GENERAL		PROVISIONAL	GRUPO DE TESORERIA	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	1108	ADMINISTRATIVOS	3.055.244
DIRECCION GENERAL		PROVISIONAL	GRUPO DE TESORERIA	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	1108	ADMINISTRATIVOS	3.055.244

ILUSTRACIÓN 2 - TABLA APORTADA POR EL DIRECTOR DE GESTIÓN HUMANA EL DÍA 21 DE FEBRERO DE 2020, EMPLEO PROFESIONAL UNIVERSITARIO CÓDIGO 2044 GRADO 11, CLARAMENTE CUALQUIERA DE ESAS PLAZAS LAS PUEDE DESEMPEÑAR UN CONTADOR PÚBLICO, INFORMACIÓN ENTREGADA A LA JUEZ OLGA XIMENA GONZÁLEZ MELO

Debo mencionar también que el artículo 122 de la Constitución Política de Colombia, establece: “No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento” y que mediante el Decreto 987 de 2012 se modificó la estructura del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras”³¹ y se determinaron las funciones de sus dependencias, y es por esta razón que para la fecha en que se firmó la convocatoria ya se habían determinado las funciones dentro del ICBF y de esa forma fueron expedidas, las OPEC que fueron ofertadas y que corresponden con la OPEC en las que participe, y que además las funciones especificadas en mi OPEC son “funciones iguales o similares”³², y cumplen también con los criterio de

³¹ https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/resolucion_1818_de_13_de_marzo_de_2019_-_manual_de_funciones_0.pdf

³² https://www.icbf.gov.co/system/files/1._resolucion_7444_de_2019_-_modifica_resolucion_no._1818-19_manual_especifico_de_funciones_y_compe.pdf

requisitos de estudio en cuanto a que *“para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias iguales o similares”*, junto con todos los otros requisitos declarados para constituirse ellas como **“empleos equivalentes”³³**.

Por otro lado, los empleos pueden revisarse desde el ICBF, es solo esta institución la que tiene la información completa correspondiente con los **“empleos equivalentes”** de todo nuestro país, y si ella no informa a los ciudadanos interesados que participaron en el concurso 433 de 2016, no podemos determinar con claridad los cargos y ciudades de Colombia en los que pueden estar dichos **“empleos equivalentes”**.

La CNSC no tiene la información completa del ICBF porque la fuente de la misma es esta última institución, por tal motivo lo referente a todos los **“empleos equivalentes”** se encuentra en las manos del Grupo de Talento Humano de la sede Nacional ICBF y son ellos los encargados de entregarle a la CNSC tales datos para que sea la comisión la que cree las llamadas OPEC, **y es por la anterior explicación que la información de los “empleos equivalentes” a una OPEC determinada se debe tomar desde el ICBF y no desde la Comisión Nacional del Servicio Civil**; hago mucho énfasis en esto último debido a que no debemos olvidar que el número de **OPEC’s** registradas en la CNSC que tengan relación directa con algún cargo determinado en el ICBF y el número registrado en la CNSC puede diferir y actualmente esto es lo que está ocurriendo, se verifica al observar la **“CIRCULAR EXTERNA No 0001 DE 2020”** expedida por la CNSC el día 21 de febrero de 2020³⁴. Mas la aparente confusión entre el número de **“empleos equivalentes”** registrados en la CNSC y en el ICBF la dilucida la propia Ley en el sentido de aportar la definición de **“Empleos Equivalentes”**, tal como ya lo he referenciado ampliamente en este escrito y en la acción de tutela de primera instancia impetrada por mí, entendiéndose bien que una cosa es el número de empleos registrados a través de las OPEC del sistema **SIMO** CNSC y otra cosa es el número de empleos que sean equivalentes a una determinada OPEC, **para el caso en concreto debemos fijarnos en la información de los “empleos equivalentes” registrados en el sistema de talento humano del ICBF y en la Ilustración 2 del presente escrito.**

Sin embargo, a pesar del ocultamiento de la información puedo asegurar con toda certeza que como mínimo hay 10 cargos para **PROFESIONAL UNIVERSITARIO** Código **2044** Grado 11, que cumplen con todos los requisitos de mi OPEC certificados por el Director de Talento humano del ICBF y estos son los mostrados en la ilustración 2.

³³ Artículo 2.2.11.2.3 del Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015

³⁴ <https://www.cnsc.gov.co/index.php/normatividad/circulares/category/240-circulares-vigentes?download=35239:circular-conjunta-no-100-001-2020>

PRINCIPIO DE INESCINDIBILIDAD DE LA LEY, Y CONFUSIÓN TRANSMITIDA EN EL COMUNICADO -CNSC- DEL 16 DE ENERO, ACUERDO 165 DEL 12 DE MARZO DE LA CNSC EVADIRÁ EL CUMPLIMIENTO DE LA LOS ARTICULOS 6 Y 7 DE LA LEY 1960 DE 2019

Analizado el fenómeno de la retrospectividad y el principio de favorabilidad aplicables en el caso en concreto, analizaré ahora otro aspecto del criterio del día 16 de enero de 2020 la Comisión Nacional del Servicio Civil, donde se afirma en uno de sus apartes:

“De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera-OPEC- de la respectiva convocatoria y para las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”, entendiéndose, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección identifica el empleo con un número de OPEC”

Observamos que la CNSC al hacer referencia a la fecha de expedición de la Ley 1960 de 2019 (27 junio de 2019) hace una asociación entre la ley 1960 y el comunicado del 16 de enero de 2020, dándonos a entender que en la Ley 1960 de 2019 se afirma:

*“los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera-OPEC- de la respectiva convocatoria y para las **nuevas vacantes** que se generen con posterioridad y que correspondan a los “**mismos empleos**”, entendiéndose, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección identifica el empleo con un número de OPEC” (negrita fuera de texto)*

Pero en ningún momento la ley 1960 de 2019 afirma lo del anterior párrafo, lo que verdaderamente se afirma en la ley 1960 es:

*“4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional de/ Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las **vacantes para las cuales se efectuó el concurso** y las vacantes definitivas de **cargos equivalentes** no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.” (negrita fuera de texto)*

Retomaré algunas definiciones del **Diccionario del español jurídico**:

Cargo Gra. Oficio que ejerce un órgano del que es titular una persona en una determinada organización³⁵.

³⁵ <https://dej.rae.es/lema/cargo>

Empleo 1. Lab. Puesto de trabajo³⁶

En el ámbito laboral normalmente empleo y cargo se toman como sinónimos³⁷.

De tal forma que cuando la Ley 1960 afirma **cargos equivalentes**, podemos tomar el concepto como **empleos equivalentes**, y este concepto está muy claramente definido en el Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015 se establece: “**Artículo 2.2.11.2.3. Empleos equivalentes.** Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias iguales o similares y tenga una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala salarial cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o en el 10% de la asignación salarial cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.”

*Si la interpretación mencionada en el concepto CNSC del 16 de enero de 2020 se refiere solo a los “**mismos empleos**” en realidad lo que está es **escindiendo** lo dispuesto en la ley 1960 de 2019 al tomar solo la parte referente a las **vacantes para las cuales se efectuó el concurso** y las vacantes definitivas de **cargos equivalentes** no convocados.*

Es decir, el comunicado del 16 de enero de 2020 de la CNSC, crea confusión en el lector al asociar la fecha del 27 de junio de 2019, (en la que salió a la luz la ley 1960) con el concepto “**mismos empleos**” concepto que es **de facto** similar a “**vacantes para las cuales se efectuó el concurso**” según el mencionado comunicado CNSC, pero completamente diferente al concepto “**cargos equivalentes**” mencionado en la Ley 1960 de 2019 de donde todos los ciudadanos debemos partir en este tema aquí tratado.

Y si lo que pretendía hacer la CNSC con su comunicado del 16 de enero de 2020 era equiparar “**mismos empleos**” del comunicado de esa fecha con “**empleos equivalentes**” de la ley 1083 de 2015, estaría cometiendo un grave error.

Además, la CNSC ha seguido emitiendo comunicados con diferentes nombres donde claramente expresa que no va aplicar la Ley 1960 de 2019 para convocatorias cuyos acuerdos se hayan firmado con anterioridad a la fecha de promulgación de dicha ley. Como muestra de ello es el ACUERDO N.º 0165 DE 2020, situación que se evidencia en el último párrafo donde se informa lo siguiente: “PARAGRAFO: Para los procesos de selección aprobados con anterioridad a la expedición de este Acuerdo, se aplicaran las disposiciones contenidas en la normatividad vigente al momento de su aprobación.”

³⁶ <https://dej.rae.es/lema/empleo>

³⁷ <https://www.xn--sinnimo-n0a.es/busqueda.html?Search%5Bsection%5D=&Search%5Bsection%5D=S&Search%5Bword%5D=cargo&Search%5Bcontained%5D=0>

Y con este último párrafo de dicho acuerdo evade una parte de la aplicación de la Sentencia del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA en contra de la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, E INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF, en sentencia de segunda Instancia, con número de radicación 76 0001 33 33 021 2019 00234 01, donde se declaró inconstitucional el Criterio 1 (del 1 de agosto de 2019) relacionado con el artículo 6 de la ley 1960 de 2019 donde dentro de sus consideraciones manifestó:

"7.4. Tesis de la Sala Mixta de Decisión La Sala considera que las demandadas vulneran los derechos de la actora y de todos los integrantes de la lista de elegibles al no aplicar el artículo 6º e ley 1960 de 2019 so pretexto del "Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019" reglamento que excede la norma de mayor jerarquía desarrollada, al condicionar las listas de elegibles vigentes a la fecha de la convocatoria del concurso, limitante que no establece la ley y que desconoce principios constitucionales como el del mérito para acceder a cargos públicos; en consecuencia, la sentencia será revocada en su lugar para en su lugar, tutelar los derechos fundamentales de la accionante, con efectos intercomunis, respecto de quienes hacen parte de la lista de elegibles de conformidad con lo establecido T-946 de 2011"

Lo que hace entonces la CNSC es no aplicar de Facto el artículo 6 de la ley 1960 debido a que el tribunal del Valle solo le dio efectos intercomunis para los ciudadanos de la lista de elegibles del caso decidido en ese momento, pero se hace evidente con esto que la ley debe aplicarse a todas las personas por el principio de igualdad que es el que finalmente pedimos se aplique todos los que figuramos en las listas de elegibles.

Sin embargo, y como ya se mencionó, no puede seguir presumiendo la CNSC del Criterio Unificado del 16 de enero de 2020 cuando el Tribunal de Pamplona lo declaró inconstitucional, ¿o estará esperando la CNSC que las tutelas lleguen a la H. Corte Constitucional para poder corregir el camino?

Y seguramente lo seguirá haciendo hasta que la Corte Constitucional le informe lo contrario, sin embargo, debemos recordar que ya tiene la CNSC una orden de cumplimiento para el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, y dos tribunales que le inaplicaron el criterio. Porque además cabe preguntarse: **¿Para que el legislador permite listas de elegibles hasta de 3 años inclusive si la CNSC va a reducir su aplicación con criterios inconstitucionales?**

LISTADO DE EMPLEOS VACANTES AL 27 DE MARZO DE 2020

CARGO	CODIGO	GRAD O	REGIONAL	MUNICIPI O	DEPENDENCIA	PERFIL OPEC	ROL (SEGÚN MANUAL DE FUNCIONES)	ESTADO PROVISION	RETEN SOCIAL
PROFESIONA L UNIVERSITAR IO	2044	11	ANTIOQUIA	DABEIBA	C.Z. OCCIDENTE MEDIO	02. PSICOLOGIA	C.Z. - ROL: PSICOLOGÍA	PROVISIONALID AD	
PROFESIONA L UNIVERSITAR IO	2044	11	ANTIOQUIA	RIONEGRO	C.Z. ORIENTE	04. NUTRICION Y DIETETICA	C.Z. - ROL: NUTRICIÓN Y DIETÉTICA	VACANTE	
PROFESIONA L UNIVERSITAR IO	2044	11	ANTIOQUIA	SANTAFE DE ANTIOQUI A	C.Z. OCCIDENTE	04. NUTRICION Y DIETETICA	C.Z. - ROL: NUTRICIÓN Y DIETÉTICA	EN ENCARGO	
PROFESIONA L UNIVERSITAR IO	2044	11	ANTIOQUIA	URRAO	C.Z. PENDERISCO	04. NUTRICION Y DIETETICA	C.Z. - ROL: NUTRICIÓN Y DIETÉTICA	EN ENCARGO	
PROFESIONA L UNIVERSITAR IO	2044	11	ARAUCA	ARAUCA	GRUPO JURIDICO	07. DERECHO	REGIONAL – JURÍDICA	PROVISIONALID AD	
PROFESIONA L UNIVERSITAR IO	2044	11	BOGOTA	BOGOTA	C.Z. BOSA	04. NUTRICION Y DIETETICA	C.Z. - ROL: NUTRICIÓN Y DIETÉTICA	VACANTE	
PROFESIONA L UNIVERSITAR IO	2044	11	BOGOTA	BOGOTA	C.Z. CIUDAD BOLIVAR	09. ADMINISTRATIV OS	C.Z. - ROL: APOYO O SOPORTE	EN ENCARGO	
PROFESIONA L UNIVERSITAR IO	2044	11	BOGOTA	BOGOTA	C.Z. ENGATIVA	02. PSICOLOGIA	C.Z. - ROL: PSICOLOGÍA	VACANTE	
PROFESIONA L UNIVERSITAR IO	2044	11	BOGOTA	BOGOTA	C.Z. PUENTE ARANDA	03. TRABAJO SOCIAL	C.Z. - ROL: TRABAJO SOCIAL	VACANTE	
PROFESIONA L UNIVERSITAR IO	2044	11	BOGOTA	BOGOTA	C.Z. REVIVIR	03. TRABAJO SOCIAL	C.Z. - ROL: TRABAJO SOCIAL	EN ENCARGO	
PROFESIONA L	2044	11	BOGOTA	BOGOTA	C.Z. SANTAFE	05. PEDAGOGIA	C.Z. - ROL: PEDAGOGÍA	VACANTE	

UNIVERSITARIO									
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	BOLIVAR	CARTAGENA	GRUPO DE PLANEACION Y SISTEMAS	03. TRABAJO SOCIAL	REGIONAL – PLANEACIÓN Y SISTEMAS	EN ENCARGO	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	CAUCA	POPAYAN	C.Z. POPAYAN	02. PSICOLOGIA	C.Z. - ROL: PSICOLOGÍA	VACANTE	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	CAUCA	POPAYAN	C.Z. POPAYAN	04. NUTRICION Y DIETETICA	C.Z. - ROL: NUTRICIÓN Y DIETÉTICA	VACANTE	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	CUNDINAMARCA	BOGOTA	GRUPO FINANCIERO	08. CONTADURIA	REGIONAL – FINANCIERA	PROVISIONALIDAD	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	CUNDINAMARCA	BOGOTA	GRUPO FINANCIERO	09. ADMINISTRATIVOS	REGIONAL – FINANCIERA	PROVISIONALIDAD	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	CUNDINAMARCA	BOGOTA	GRUPO FINANCIERO	09. ADMINISTRATIVOS	REGIONAL – FINANCIERA	VACANTE	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	CUNDINAMARCA	PACHO	C.Z. PACHO	04. NUTRICION Y DIETETICA	C.Z. - ROL: NUTRICIÓN Y DIETÉTICA	PROVISIONALIDAD	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE CONTABILIDAD	08. CONTADURIA	DIRECCIÓN FINANCIERA - ROL: CONTABILIDAD	PROVISIONALIDAD	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE CONTABILIDAD	08. CONTADURIA	DIRECCIÓN FINANCIERA - ROL: CONTABILIDAD	EN ENCARGO	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE CONTABILIDAD	08. CONTADURIA	DIRECCIÓN FINANCIERA - ROL: CONTABILIDAD	EN ENCARGO	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE CONTABILIDAD	08. CONTADURIA	DIRECCIÓN FINANCIERA - ROL: CONTABILIDAD	PROVISIONALIDAD	

PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE PLANEACION Y SEGUIMIENTO FINANCIERO Y DE GESTION	09. ADMINISTRATIVOS	DIRECCION FINANCIERA - ROL: PLANEACION Y SEGUIMIENTO FINANCIERO Y DE GESTION	EN ENCARGO	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE PRESUPUESTO	09. ADMINISTRATIVOS	DIRECCIÓN FINANCIERA - ROL PRESUPUESTO	VACANTE	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE PRESUPUESTO	08. CONTADURIA	DIRECCIÓN FINANCIERA - ROL PRESUPUESTO	EN ENCARGO	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE RECAUDO	10. OTROS PROF.	DIRECCION FINANCIERA - ROL: RECAUDO	PROVISIONALIDAD	PREPENSIONADO
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE REPRESENTACION JUDICIAL	07. DERECHO	REGIONAL – JURÍDICA	EN ENCARGO	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE TESORERIA	09. ADMINISTRATIVOS			

Listado de vacantes al 13 de marzo de 2020 tablas entregadas al juez Rufilo Henoc Muñoz Bermeo, juzgado 5 de penas en Cali

CARGO	CODIGO	GRADO	REGIONAL	MUNICIPIO	DEPENDENCIA	PERFIL OPEC	ROL (SEGUN MANUAL DE FUNCIONES)	ESTADO PROVISION	RETEEN SOCIAL
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	ANTIOQUIA	DABEIBA	C.Z. OCCIDENTE MEDIO	02. PSICOLOGIA	C.Z. - ROL: PSICOLOGÍA	PROVISIONALIDAD	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	ANTIOQUIA	RIONEGRO	C.Z. ORIENTE	04. NUTRICION Y DIETETICA	C.Z. - ROL: NUTRICIÓN Y DIETÉTICA	VACANTE	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	ANTIOQUIA	SANTAFE DE ANTIOQUIA	C.Z. OCCIDENTE	04. NUTRICION Y DIETETICA	C.Z. - ROL: NUTRICIÓN Y DIETÉTICA	EN ENCARGO	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	ANTIOQUIA	URRAO	C.Z. PENDERISCO	04. NUTRICION Y DIETETICA	C.Z. - ROL: NUTRICIÓN Y DIETÉTICA	EN ENCARGO	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	ARAUCA	ARAUCA	GRUPO JURIDICO	07. DERECHO	REGIONAL - JURIDICA	PROVISIONALIDAD	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	BOGOTA	BOGOTA	C.Z. BOSA	04. NUTRICION Y DIETETICA	C.Z. - ROL: NUTRICIÓN Y DIETÉTICA	VACANTE	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	BOGOTA	BOGOTA	C.Z. CIUDAD BOLIVAR	09. ADMINISTRATIVOS	C.Z. - ROL: APOYO O SOPORTE	EN ENCARGO	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	BOGOTA	BOGOTA	C.Z. ENGATIVA	02. PSICOLOGIA	C.Z. - ROL: PSICOLOGÍA	VACANTE	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	BOGOTA	BOGOTA	C.Z. PUENTE ARANDA	03. TRABAJO SOCIAL	C.Z. - ROL: TRABAJO SOCIAL	VACANTE	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	BOGOTA	BOGOTA	C.Z. REVIVIR	03. TRABAJO SOCIAL	C.Z. - ROL: TRABAJO SOCIAL	EN ENCARGO	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	BOGOTA	BOGOTA	C.Z. SANTAFE	05. PEDAGOGIA	C.Z. - ROL: PEDAGOGÍA	VACANTE	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	BOLIVAR	CARTAGENA	GRUPO DE PLANEACION Y SISTEMAS	03. TRABAJO SOCIAL	REGIONAL - PLANEACIÓN Y SISTEMAS	EN ENCARGO	

CARGO	CODIGO	GRADO	REGIONAL	MUNICIPIO	DEPENDENCIA	PERFIL OPEC	ROL (SEGÚN MANUAL DE FUNCIONES)	ESTADO PROVISION	RETEN SOCIAL
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	CAUCA	POPAYAN	C.Z. POPAYAN	02. PSICOLOGIA	C.Z. - ROL: PSICOLOGÍA	VACANTE	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	CAUCA	POPAYAN	C.Z. POPAYAN	04. NUTRICION Y DIETETICA	C.Z. - ROL: NUTRICIÓN Y DIETÉTICA	VACANTE	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	CUNDINAMARCA	BOGOTA	GRUPO FINANCIERO	08. CONTADURIA	REGIONAL - FINANCIER A	PROVISIONA LIDAD	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	CUNDINAMARCA	BOGOTA	GRUPO FINANCIERO	09. ADMINISTRATIVOS	REGIONAL - FINANCIER A	PROVISIONA LIDAD	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	CUNDINAMARCA	BOGOTA	GRUPO FINANCIERO	09. ADMINISTRATIVOS	REGIONAL - FINANCIER A	VACANTE	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	CUNDINAMARCA	PACHO	C.Z. PACHO	04. NUTRICION Y DIETETICA	C.Z. - ROL: NUTRICIÓN Y DIETÉTICA	PROVISIONA LIDAD	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE CONTABILIDAD	08. CONTADURIA	DIRECCIÓN FINANCIER A - ROL: CONTABILIDAD	PROVISIONA LIDAD	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE CONTABILIDAD	08. CONTADURIA	DIRECCIÓN FINANCIER A - ROL: CONTABILIDAD	EN ENCARGO	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE CONTABILIDAD	08. CONTADURIA	DIRECCIÓN FINANCIER A - ROL: CONTABILIDAD	EN ENCARGO	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE CONTABILIDAD	08. CONTADURIA	DIRECCIÓN FINANCIER A - ROL: CONTABILIDAD	PROVISIONA LIDAD	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE PLANEACION Y SEGUIMIENTO FINANCIERO Y DE GESTION	09. ADMINISTRATIVOS	DIRECCION FINANCIER A - ROL: PLANEACION Y SEGUIMIENTO FINANCIERO Y DE GESTION	EN ENCARGO	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE PRESUPUESTO	09. ADMINISTRATIVOS	DIRECCIÓN FINANCIER A - ROL PRESUPUESTO	VACANTE	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE PRESUPUESTO	08. CONTADURIA	DIRECCIÓN FINANCIER A - ROL PRESUPUESTO	EN ENCARGO	
PROFESIONAL	2044	11	DIRECCION	BOGOTA	GRUPO DE RECAUDO	10. OTROS	DIRECCION FINANCIER	PROVISIONA	PREPENSI

CARGO	CÓDIGO	GRADO	REGIONAL	MUNICIPIO	DEPENDENCIA	PERFIL OPEC	ROL (SEGÚN MANUAL DE FUNCIONES)	ESTADO PROVISION	RETEN SOCIAL
UNIVERSITARIO			GENERAL			PROF.	A - ROL: RECAUDO	LIDAD	ONADO
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE REPRESENTACION JUDICIAL	07. DERECHO	REGIONAL - JURÍDICA	EN ENCARGO	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE TESORERIA	09. ADMINISTRATIVOS	DIRECCIÓN FINANCIERA - ROL TESORERIA	VACANTE	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE TESORERIA	09. ADMINISTRATIVOS	DIRECCIÓN FINANCIERA - ROL TESORERIA	EN ENCARGO	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	DIRECCION GENERAL	BOGOTA	GRUPO DE TESORERIA	09. ADMINISTRATIVOS	DIRECCIÓN FINANCIERA - ROL TESORERIA	EN ENCARGO	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	HUILA	NEVA	C.Z. LA GAITANA	04. NUTRICION Y DIETETICA	C.Z. - ROL: NUTRICIÓN Y DIETÉTICA	EN ENCARGO	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	HUILA	NEVA	GRUPO FINANCIERO	09. ADMINISTRATIVOS	REGIONAL - FINANCIERA	VACANTE	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	LA GUAJIRA	RIOHACHA	C.Z. FONSECA	04. NUTRICION Y DIETETICA	C.Z. - ROL: NUTRICIÓN Y DIETÉTICA	VACANTE	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	RISARALDA	PEREIRA	GRUPO JURIDICO	09. ADMINISTRATIVOS	REGIONAL - JURÍDICA	PROVISIONALIDAD	PREPENSIONADO
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	SUCRE	SINCELEJO	C.Z. NORTE	03. TRABAJO SOCIAL	C.Z. - ROL: TRABAJO SOCIAL	VACANTE	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	SUCRE	SINCELEJO	GRUPO DE ASISTENCIA TECNICA	03. TRABAJO SOCIAL	REGIONAL - ASISTENCIA TECNICA - ROL: TRABAJO SOCIAL	VACANTE	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	SUCRE	SINCELEJO	GRUPO FINANCIERO	08. CONTADURIA	REGIONAL - FINANCIERA	VACANTE	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	SUCRE	SINCELEJO	GRUPO FINANCIERO	09. ADMINISTRATIVOS	REGIONAL - FINANCIERA	VACANTE	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	VALLE	BUENAVENTURA	C.Z. BUENAVENTURA	04. NUTRICION Y DIETETICA	C.Z. - ROL: NUTRICIÓN Y DIETÉTICA	EN ENCARGO	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	VALLE	BUGA	C.Z. BUGA	03. TRABAJO SOCIAL	C.Z. - ROL: TRABAJO SOCIAL	EN ENCARGO	
PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	VICHADA	PUERTO CARREÑO	C.Z. PUERTO CARREÑO	03. TRABAJO SOCIAL	C.Z. - ROL: TRABAJO SOCIAL	PROVISIONALIDAD	PREPENSIONADO

7. EL COSTO DE LA CONVOCATORIA 433 DE 2016

Las Cifras que doy en este numeral las certifico como contador público TP 85097-7

Según el informe de gestión del ICBF para el año 2016, por la convocatoria 433 del 2016 "La Dirección de Gestión Humana trabajó en la solución de fondo a las vacantes de la planta global con la Convocatoria Pública 433 de 2016, para la cual se desembolsó la suma aproximada de 6.200 millones de pesos y se firmó el Acuerdo No. CNSC – 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016."³⁸, es decir que por cada empleo que fue provisto el estado colombiano pagó aproximadamente \$2.296.296.

Hay 3370 empleos creados por la Ley 1479 de 2017, al mismo costo llenar estas plazas le puede costar \$7.738.518.518 esto sin contar con el incremento normal de la inflación anual. Proveer estos 3370 con las personas que ya están en las listas de elegibles, le ahorraría tiempo y dinero al estado, dinero por el motivo ya expuesto, y tiempo porque desde el momento de la publicidad de cada convocatoria hasta el nombramiento pueden pasar dos años, y el tiempo es oro.

Es más conveniente para Colombia, evitar nuevos gastos con nuevas convocatorias, cuando el personal que cumple con los requisitos está en listas de elegibles, personas que se sometieron a diferentes pruebas, personas que confiamos en el estado al someternos a un largo periodo de selección, la oportunidad para disminuir el dinero gastado en la administración el estado, dinero que puede emplearse en otros asuntos también importantes y que nos benefician a todos por igual, todo esto agravado con las precarias situaciones a las que se ve y se verá sometida la economía Colombiana durante los próximos años debido a los ya bien conocidos hechos actuales del presente año.

La aplicación del Artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, para las personas que estamos en las listas de la convocatoria 433 de 2016, permitiría ahorrar al estado miles de millones de pesos, beneficiaría las personas que también necesitamos, concursamos, ganamos el concurso y queremos trabajar sirviendo al estado.³⁸ Y también beneficiaría a todos los ciudadanos Colombianos, al emplear menos recursos. Pues **¿Cómo es posible que teniendo una lista de elegibles vigente ahora pretenda el ICBF realizar otro concurso de méritos en 2020³⁹, cuando hay dos normas que permiten la utilización de Listas de Elegibles vigentes?⁴⁰**

³⁸ https://www.icbf.gov.co/sites/default/files/informe_gestion_icbf_300117__1.pdf - (Página 224)

³⁹ <https://www.cnsc.gov.co/index.php/convocatorias/proximas-convocatorias-cnsc>

⁴⁰ Decreto 498 de 2020 y Ley 1960 de 2019

8. DERECHO FRENTE A LAS PERSONAS QUE ADEMÁS PARTICIPARON EN LA CONVOCATORIA 433 DE 2016, CUYAS TIENEN IGUAL NOMBRE PROFESIONAL UNIVERSITARIO CÓDIGO 2044 GRADO 11, Y LAS MISMAS FUNCIONES Y REQUISITOS DE ESTUDIO.

Sé muy bien que para hacer un nombramiento dentro del ICBF se deben seguir una serie de complejos procesos, que parecen estar por fuera del alcance de la comprensión habitual en lo relacionado con la administración del talento humano, pero inevitablemente debemos pensar en los pasos a seguir para ello, no me voy a ocupar de todos los pasos, pero si me ocuparé de uno que es en definitiva crucial, el de la comparación de los resultados entre las diferentes listas de elegibles, recordando que la ley 1960 de 2019 vuelve a retomar el manejo de listas generales; dentro de las listas de elegibles que corresponden con la OPEC 39458 en las que estoy participando **Manuel Orlando Mena Zapata** encontramos las siguientes:

39457, 39459, 39460, todas ellas las encontraremos en el enlace de las “Listas de Elegibles 433 de 2016 - ICBF”⁴¹

TABLA 1 - OPEC DE LA CONVOCATORIA 433 DE 2016 QUE CUMPLEN CON: EL MISMO NOMBRE PROFESIONAL UNIVERSITARIO, CÓDIGO 2044, GRADO 11, CON LAS MISMAS FUNCIONES Y CON LOS MISMOS REQUISITOS DE ESTUDIO DE MI OPEC 39458

Número OPEC	No de elegibles de la lista Manuel Mena	Personas no nombradas que me superan	Puntaje máximo de los no nombrados
39457	1	0 (porque la lista solo tuvo un elegible nada más)	0 (cero) (porque la lista solo tuvo un elegible nada más)
39458 (Donde estoy)	3	0	70.76 (Mi puntaje y no hubo empate)
39459	1	0	0(cero) (solo hubo un ganador)
39460	7	0	70.06

Solamente son esas 4 OPEC'S las que cumplen con los mismos criterios exactamente de la 39458, y dentro de las listas que aparecen registradas en el banco nacional de listas de elegibles de la CNSC, ninguna de las personas supera mi puntaje (70.76)

⁴¹ <http://gestion.cnsc.gov.co/BNLElegiblesListas/faces/consultaWebLE.xhtml#>

Las otras listas de elegibles conformadas con profesionales para empleos de nombre **PROFESIONAL UNIVERSITARIO** Código **2044** Grado **11**, no se pueden tomar como referentes debido a que tienen diferentes funciones, estas otras listas fueron conformadas con Administradores, Abogados, Nutricionistas, Psicólogos, Sociólogos, y Trabajadores sociales, Ingenieros de Sistemas y otras profesiones para cargos con funciones diferentes a las de la OPEC a la que pertenezco.

Voy a relacionar primero 71 cargos provistos con personas que ganaron el concurso, olvidando por un momento que hay personas que han renunciado, o que se han marchado del ICBF por cualquier razón, como por ejemplo el señor **Jesús Antonio Pinto Angulo** (Empleo **Profesional Universitario**; Código **2044**; Grado **11**; OPEC **39605**; Abogado), que renunció a su cargo el mes de septiembre de 2019, cuyo cargo debía ser ocupado por la señora **Alicia Cristina Ferrari** (Empleo **Profesional Universitario**; Código **2044**; Grado **11**; Abogada; OPEC **39605**), profesional que está solicitando desde hace más de 5 meses ser nombrada por ella seguir dentro de la lista de elegibles encabezada por el abogado Jesús Antonio.

A los 71 cargos ya nombrados, relacionaré otros 5 cargos que fueron declarados desiertos con la resolución CNSC-20182230162005, la suma de estos dos números en las tablas corresponde con los 76 cargos del acuerdo Acuerdo N° CNSC-2016000001376 de la convocatoria 433 de 2016, a saber:

TABLA 2 - 71 OPECS CUYOS CARGOS FUERON OCUPADOS INICIALMENTE POR ALGÚN GANADOR DEL CONCURSO DE LA 433 DE 2016

N.º OPEC	Profesión	Cantidad de Empleos ofertados
39458	Contaduría	1
39457	Contaduría	1
39459	Contaduría	1
39460	Contaduría	1
39584	Ingeniería de Sistemas	1
39588	Ingeniería de Sistemas	1
39589	Ingeniería de Sistemas	1
39585	Ingeniería de Sistemas	1

4 listas de elegibles son empleos equivalentes para los empleos creados con los 10 cargos del Decreto 1479 de 2017, de estas 4 listas el primero es Manuel Orlando Mena Zapata, no hay más equivalentes al mío

39580	Ingeniería de Sistemas	1
39582	Ingeniería de Sistemas	1
39590	Ingeniería de Sistemas	1
39591	Ingeniería de Sistemas	1
39592	Ingeniería de Sistemas	1
39599	Ingeniería de Sistemas	1
39613	Ingeniería de Sistemas	1
39614	Ingeniería de Sistemas	1
39615	Ingeniería de Sistemas	1
39603	Derecho	1
39587	Derecho	1
<u>42433</u>	Derecho	1
39600	Derecho	1
39604	Derecho	1
39605	Derecho	1
39610	Derecho	1
39504	Nutrición	1
39505	Nutrición	1
39506	Nutrición	1
39509	Nutrición	1
39514	Nutrición	1
39515	Nutrición	1
39517	Nutrición	1
39518	Nutrición	1
39519	Nutrición	1
39520	Nutrición	1
39521	Nutrición	1
39593	Nutrición	1

42434	Nutrición	1
56789	Nutrición	1
56790	Nutrición	1
39523	Psicología	1
39524	Psicología	1
39525	Psicología	1
39526	Psicología	1
39527	Psicología	1
39529	Psicología	1
39531	Psicología	1
39532	Psicología	1
39535	Psicología	1
39536	Psicología	1
39538	Psicología	1
39594	Psicología	1
39522	Psicología	1
39618	Sociología	1
39249	Sociología	1
39539	Sociología	1
39544	Sociología	1
39545	Sociología	1
39547	Sociología	1
39548	Sociología	1
39550	Sociología	1
39553	Sociología	1
39556	Sociología	1
39595	Sociología	1
39596	Sociología	1

39597	Sociología	1
39617	Sociología	1
39586	Trabajo Social	1
39598	Trabajo Social	1
39541	Trabajo Social	1
39543	Trabajo Social	1
39616	Trabajo Social	1

Tabla 3 - Los empleos de la convocatoria 433 de 2016, que fueron declarados desiertos

Nº OPEC	Profesión	Cantidad
39543	Trabajo Social	1
39519	Nutrición	1
39804	Derecho	1
39517	Nutrición	1
39517	Trabajo Social	1

Y es debido a que tengo el puntaje más alto dentro de los elegibles de las listas relacionadas (39457, 39458, 39459, 39460), que demuestran que soy el indicado al cual le corresponde por ley ser nombrado en alguna de las 10 plazas creadas con la ley 1479 de 2017, redistribuidas con la resolución 7746 de 2017, más algunas de las 18 plazas que en la actualidad están siendo ocupadas por empleos por encargo, provisionalmente, o que están vacantes, negándose de esta forma mi derecho a ocupar una vacante por parte del ICBF y con la vigilancia de la CNSC + Las 5 declaradas desiertas

En total hay más de 48 plazas vacantes por provisionalidad, por encargo, o simplemente vacantes

9. LA SITUACION ACTUAL POR LA PANDEMIA Y SUS CONSECUENCIAS

Cómo es notorio y de público conocimiento la pandemia trajo serias consecuencias todos los ciudadanos, es por tal razón que la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC expidió resoluciones donde los términos de los concursos fueron suspendidos tal como se evidencia en los siguientes actos administrativos proferidos por la Comisión Nacional del Servicio civil, las cuales se aportan como material probatorio:

- **Resolución N°4970 del 24 de marzo de 2020** “Por la cual la Comisión Nacional del Servicio Civil adopta medidas transitorias para prevenir y evitar la propagación del Covid-19”, la cual en su artículo primero estableció: “Suspender los cronogramas y términos de los procesos de selección que adelanta la CNSC, incluidos aquellos atinentes a las reclamaciones, solicitudes de exclusión, expedición de listas y firmeza individual y general de listas, a partir del 24 de marzo y hasta el 13 de abril de 2020.”
- **Resolución N° 5265 del 13 de abril del 2020** “Por la cual se prorroga la Resolución 4970 del 24 de marzo de 2020”, la cual en su artículo primero estableció: “-Prorrogar la Resolución 4970 del 24 de marzo de 2020, entre el 13 y el 26 de abril del mismo año, en atención a lo dispuesto en el Decreto 531 de 2020 en el marco de la emergencia por causa del Coronavirus COVID19”.
- **Resolución N° 5804 del 24 de abril de 2020** “Por la cual se prorroga la Resolución 4970 del 24 de marzo de 2020 y se dictan otras disposiciones” la cual estableció: “ARTÍCULO PRIMERO:- Prorrogar lo dispuesto en las Resoluciones 4970 de 24 de marzo y 5265 del 13 de abril de 2020, hasta las cero horas (00:00 am) del día 11 de mayo de 2020.” , “ARTÍCULO SEGUNDO: - Reanudar las actuaciones administrativas de competencia de la CNSC, no referidas a los procesos de selección a que hace mención el artículo primero de la resolución 4970 de 2020
- **Resolución No 5936 DE 2020** "Por la cual se prorroga el término de aplazamiento de las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas en los procesos de selección, establecido en la Resolución 5804 de 24 de abril de 2020 y se dictan otras disposiciones
- **Resolución 6264 de 2020** “Por la cual se prorrogan las Resoluciones 5804 del 24 de abril y 5936 del 8 de mayo de 2020, expedidas por la CNSC en el marco de la Emergencia Sanitaria por el Covid-19”.
- **Resolución 6451 de 2020** "Por la cual se prorroga el término de aplazamiento de las etapas de reclutamiento y aplicación de pruebas en los procesos de selección, establecido en las Resoluciones 5936 y 6264 de 2020, y se dictan otras disposiciones”.
- **Resolución N° 6858 de 26-06-2020** "Por la cual se prorroga la suspensión de términos establecida en la Resolución 6451 de 2020, y se dictan otras disposiciones”.
- **Resolución No 7068 DE 2020** "Por la cual se prorroga la suspensión de términos establecida en la Resolución 6858 de 2020, y se dictan otras disposiciones”.
- **Resolución No 8294 DE 2020** "Por la cual se prorroga la suspensión de términos establecida en la Resolución 7068 del 14 de julio de 2020 y se dictan otras disposiciones”

Por su parte la Rama Judicial también tomó las decisiones correspondientes con la situación y promulgó los Acuerdos **PCSJA20-11517, PCSJA20- 11521, PCSJA20-11556 y PCSJA20-11567**, conforme las previsiones adoptadas en razón de la Declaratoria Emergencia Sanitaria a través de Resolución No. 385 de 2020 y de Estado de Conmoción Económica, Social y Ecológica en todo el Territorio Nacional por medio de Decreto 417 de marzo de 2020 debido a la pandemia del virus SARS – CoV- 2, que causa la enfermedad del COVID-19, como bien lo expreso el a quo en su sentencia de primera instancia.

Adicional a todo esto en cuanto a la utilización de las listas de elegibles el Consejo de Estado ya se ha pronunciado en su **Sentencia 2019-00730 de 08 de agosto de 2019: Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta** Radicación: 25000-23-42-000-2019-00730-01(AC) estableció que: **en los concursos públicos de empleo, le corresponde a la entidad continuar depurando la lista hasta proveer todas las vacantes ofertadas con las personas que ostentaran mejor derecho. Se precisa que la expiración de la lista no constituye una justificación válida para abstenerse de proveer todas las vacantes ofertadas, cuando el interesado previamente ha solicitado su nombramiento antes del vencimiento de la lista para alguno de los cargos vacantes y además, admitir dicho razonamiento sería**

desconocer las finalidades de la carrera administrativa, el rol constitucional del principio al mérito y los esfuerzos económicos y organizacionales en que incurre el estado para que todos los cargos ofertados se provean con las personas merecedoras señaladas en la lista. En efecto, los empleos ofertados mediante el concurso de méritos deben proveerse con base en la lista de elegibles, en estricto orden descendente, hasta agotar todas las vacantes y una vez efectuado el nombramiento del concursante, este debe ser retirado de la lista, salvo que no haya aceptado o no se posesione por razones ajenas a su voluntad. Esto significa que le corresponde a la entidad continuar depurando la lista hasta proveer todas las vacantes ofertadas con las personas que ostentaran mejor derecho, de acuerdo con su posición en la lista, siendo su obligación analizar si persisten elegibles que no pueden aceptar el nombramiento o no se posesionaron por razones ajenas a su voluntad. En consecuencia, al encontrarse que la accionante de manera previa al vencimiento de la lista de elegibles hizo su solicitud para el nombramiento y que la entidad descuidó su deber de depurar la lista hasta proveer todas las vacantes ofertadas, se evidencia una vulneración a los derechos al debido proceso y el principio del mérito, siendo procedente ordenar a la entidad, que dentro de los quince (15) días contados a partir de la notificación de la providencia, nombre en período de prueba a la accionante en alguno de los cargos ofertados en la convocatoria⁴²

En su sentencia menciona el H. Consejo de Estado exactamente lo siguiente:

“4.3. Así las cosas, la Sala encuentra que la expiración de la lista no constituye una justificación válida para abstenerse de proveer todas las vacantes ofertadas, porque i) la accionante solicitó su nombramiento antes del vencimiento de la lista para alguno de los cargos vacantes y ii) admitir el razonamiento de la entidad accionada sería desconocer las finalidades de la carrera administrativa, el rol constitucional del principio al mérito y los esfuerzos económicos y organizacionales en que incurre el Estado para que todos los cargos ofertados se provean con las personas merecedoras señaladas en la lista.

Por consiguiente, no es aceptable el argumento que se funda en la “imposibilidad” de proveer todas las vacantes ofertadas, por el vencimiento de la lista de elegibles. Motivo por el que la Sala procederá a estudiar si la Procuraduría General de la Nación vulneró el debido proceso y el principio al mérito de la accionante, en razón a que insistentemente se ha negado a nombrarla.”

10. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE POPAYÁN, Y LA DESAFIANTE RESPUESTA A LA JUSTICIA POR PARTE DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC

En un muy reciente fallo de radicado 19001-3185-002-2020-00024-00 cuya Accionante: **Olga Lucia Chavarría arboleda**, Accionados: ICBF y Otros en **Segunda instancia**, en un caso análogo tratado por el tribunal sobre la misma Convocatoria 433 de 2016, donde se le amparan los derechos a la accionante, tratando el tema de las mismas reglas interpuestas por la CNSC y seguidas por el ICBF menciona lo siguiente (indico en letras rojas lo más destacable y afín para el caso en concreto):

⁴² <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=87174>

(...)

“Corolario de lo anterior, **las entidades conculcadoras de los derechos fundamentales** de la demandante están en el deber de realizar los trámites necesarios para efectivizar el cumplimiento de las órdenes del Juez de primera instancia, para que de ésta manera pueda accederse a sus pretensiones, entendiéndose que la orden no está direccionada a su inmediato nombramiento, pues ha de advertirse que, no se podría desconocer la opción que otros participantes eligieron en el marco de la misma Convocatoria.

Al vislumbrar que los entes accionados incurren en la trasgresión de los derechos alegados por la actora, la respuesta al problema jurídico es acorde a lo esbozado por el Juez Unipersonal, con el fin de proveer las vacantes definitivas existentes en la entidad que corresponden a los mismos empleos, y en estricto orden de mérito, incluyendo las creadas mediante Decreto 1479 de 2017, pues ante la existencia de figuras administrativas como la provisionalidad, debe preferirse la del nombramiento en propiedad de una persona que ha ocupado una posición dentro del listado de elegibles, puesto que a pesar de ser ambas figuras legales, ello brinda una mejor preservación del principio de meritocracia.

Se advierte a las entidades conculcadoras del derecho fundamental de la demandante están en el deber de realizar los trámites necesarios para efectivizar el cumplimiento de las órdenes de tutela con observancia de los términos otorgados, adicionalmente, como lo advirtió el fallador de primera instancia.

Se advierte a las entidades conculcadoras del derecho fundamental de la demandante están en el deber de realizar los trámites necesarios para efectivizar el cumplimiento de las órdenes de tutela con observancia de los términos otorgados, adicionalmente, como lo advirtió el fallador de primera instancia, así mismo la Sala considera necesario compulsar copias de esta decisión a la Procuraduría General de la Nación a efectos que se investigue la posible conducta en que hayan podido incurrir la Comisión Nacional del Servicio Civil y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, frente al desconocimiento de las normas del concurso.”

(...)

Y los magistrados concluyen su sentencia con lo siguiente (y vuelvo a destacar con letras rojas):

(...)

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia No. 029 del 17 de junio de 2020, proferido por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes del Circuito de Popayán, Cauca, por medio del cual, se ampararon los derechos al trabajo, debido proceso, acceso a cargos públicos, igualdad, mínimo vital y móvil de la accionante OLGA LUCIA CHAVARRIA ARBOLEDA.

SEGUNDO: COMPULSAR copias de esta decisión a la Procuraduría General de la Nación a efectos que se investigue la posible conducta en que hayan podido incurrir la Comisión Nacional del Servicio Civil y del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, **frente al desconocimiento de las normas del concurso.**

TERCERO: Una vez notificada esta providencia a las partes, por los medios y en los términos de que trata el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, REMÍTIR el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión (artículo 32 ibídem).

(...)

Podemos Concluir entonces que lo encontrado por el **Tribunal de Popayán** frente al desconocimiento de las normas del concurso es tan notorio que deciden compulsar copias a la procuraduría, decisión que comparto plenamente, porque es evidente la forma de actuar de las entidades accionadas.

La respuesta a este fallo por parte de la CNSC fue expedir desafiadamente el 6 de agosto de 2020, una complementación como ya lo referencié en el punto 2.21, donde restringió todavía más la aplicación de los artículos 6 y 7 la Ley 1960 de 2019, para las convocatorias anteriores al 27 de junio 2019 que podemos encontrar en el siguiente enlace: <https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-y-doctrina/criterios-unificados/provision-de-emplo?download=37618:complementacioncriteriounificado>

11. PRUEBAS Y ANEXOS

Para dar sustento a lo anterior, respetuosamente solicito al señor Juez que ordene al ICBF presente las siguientes pruebas:

- 11.1. Un listado con todas los empleos, con fecha de corte al 15 de agosto o una fecha anterior muy cercana, de los empleos **Profesional Universitario** Código **2044** grado **11** o empleos equivalentes o empleos 1 grado superior o 1 grado inferior cuyo Estado de Provisión sea en provisionalidad, en encargos y vacantes de los empleos y que incluya los siguientes campos: "Cargo", "Código", "Grado", "Regional", "Municipio", "Dependencia", "Perfil OPEC Rol", "Estado Provisión", "Reten Social", "Empleo Equivalente", en el campo "empleo equivalente" que escriban verdadero o falso, dependiendo si el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF considera que el empleo en mención es equivalente al de esta tutela, esta prueba es importante para obtener información actualizada.
- 11.2. Se le informe al Despacho la actual situación jurídica de las vacantes del **Profesional Universitario**, identificado con el Código **2044** grado **11** declaradas desiertas, es decir, si a la fecha, están provistas por algún funcionario y bajo que modalidad esta provista cada cargo (carrera, encargo, provisionalidad, no provista u otros), y su respectiva ubicación geográfica.
- 11.3. Copia de la Acción de Cumplimiento Y Finalmente, dentro de los fallos que he investigado se encuentra el del señor Demandante: Luis Eduardo García Acosta por una acción de Cumplimiento en un proceso de Radicado: **66001233300020200014200**, en la que a la Comisión Nacional del Servicio Civil se le "**Ordena cumplimiento del artículo 6º de la ley 1960 de 2019**", acción de Cumplimiento que tengo entendido puede su señoría solicitar a través de la Rama Judicial.
- 11.4. En digital se aportan los siguientes documentos (para el oportuno traslado y valoración del Juez Constitucional)
 - a. Copia de la Cédula de ciudadanía del accionante
 - b. Copia del Acuerdo de la Convocatoria 433 de 2016
 - c. Copia de las tarjetas de identidad de mis hijos menores de edad
 - d. Ley 1960 del 27 de junio de 2019 que modifica la ley 909 de 2004.
 - e. Criterio Unificado "USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DE 27 DE JUNIO DE 2019", fechado 16 de enero del año 2020 por del presidente de la CNSC, doctor Fridole Ballen Duque.
 - f. Circular Externa N° 0001 del 21 de febrero del año 2.020, mediante la cual, la Comisión Nacional del Servicio Civil, procede a impartir lineamientos en relación a reporte de nuevas vacantes y utilización de lista de elegibles

- g. Decreto N° 498 del 30 de marzo del año 2020., por medio del cual el Departamento Administrativo de la Función Pública, modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Unico Reglamentario del Sector de la Función Pública.
- h. Copias de los derechos de petición de los días 7 y 9 de enero de 2020, y del 15 de mayo de 2020
- i. Relación y copias digitales de los siguientes fallos de Tutela que su señoría puede solicitar con la rama judicial, y que siendo análogos a los de esta acción constitucional también favorecen la aplicación de los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019
- Radicado: 76001-33-33-021-2019-00234-01, Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras; Magistrada Ponente: Zoranny Castillo Otálora: proferido el 18 de noviembre de 2019, fallo de segunda instancia
 - Radicado: 15001-33-33-012-2020-00007-01, Tribunal Administrativo de Boyacá, Accionante: Fabián Orlando Orjuela Ramírez; Magistrada Ponente: Clara Elisa Cifuentes Ortiz proferido el 12 de marzo de 2020, fallo de segunda instancia
 - Radicado: 11001-33-42-055-2020-00079-00, Tribunal Administrativo De Cundinamarca - Sección Primera - Subsección "A", Accionante: Manuel Fernando Duran Gutiérrez; proferido el 16 de junio de 2020; Magistrado Ponente: Luis Manuel Lasso Lozano; fallo de segunda instancia
 - Radicado: 73001-33-33-005-2020-00058-01, Tribunal Administrativo Del Tolima, Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán; Magistrado Ponente: José Andrés Rojas Villa; proferido el 14 de abril de 2020, fallo de segunda instancia
 - Radicado: 19-001-31-05-002-2020-00072-01, Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Popayán Sala Laboral, Accionante: Ángela

Cecilia Astudillo Montenegro; Magistrado Ponente: Leónidas Rodríguez Cortés; proferido el 09 de junio de dos mil veinte (2020), fallo de segunda instancia

- Radicado: 54-518-31-12-002-2020-00033-01, Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Pamplona Sala Única De Decisión Accionante: Luz Mary Díaz García; Magistrado Ponente: Nelson Omar Meléndez Granados; proferido el 30 de junio de dos mil veinte (2020), fallo de segunda instancia
- Radicado: 15238-31-04-002-2020-00002-01, Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Santa Rosa De Viterbo Accionante: Luis Orlando Buitrago Sánchez; Magistrado Ponente: Eurípides Montoya Sepúlveda; proferido el 25 de junio de dos mil veinte (2020), fallo de segunda instancia
- Radicado: 76147-33-33-001-2020-00065-00, Tribunal Administrativo Del Valle Del Cauca Accionante: Luisa María Flórez Valencia; Magistrado Ponente: Omar Edgar Borja Soto; proferido el 30 de abril de 2020; fallo de segunda instancia
- Radicado: 680013333001-2020-00079-01, Tribunal Administrativo De Santander Accionante: MARTHA LUCIA PERICO RICO; Magistrada Ponente: Claudia Patricia Peñuela Arce; proferido el 10 de junio de 2020; fallo de segunda instancia
- Radicado: 52-001-33-33-007-2020-00041, Tribunal Administrativo De Nariño Accionante: ANDRES MAURICIO JARAMILLO VALLEJO; Magistrada Ponente: PAULO LEÓN ESPAÑA PANTOJA; proferido el veinticuatro (24) de junio de dos mil veinte (2020); fallo de segunda instancia.

- Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00, Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera Subsección A, Accionante: Roberto Salazar Fernández; Sentencia De Tutela De Primera Instancia (Sentencia que apoyó el fallo de Tolima)

NOTIFICACIONES

El suscrito recibirá notificaciones en el correo electrónico momz.contador@gmail.com, Dirección: Carrera 5 # 1B-55 Barrio San Agustín, Pamplona, Norte de Santander y a través del teléfono celular 319 343 98 14

El demandado **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar — ICBF**, Sede Dirección General en Avenida carrera 68 N° 64C-75, en Bogotá D.C- Colombia. PBX (1) 437 76 30.

Correo para notificaciones judiciales: notificaciones.judiciales@icbf.gov.co

La demandada **Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC)**, en la carrera 16 N° 96-64, piso 7, en Bogotá D.C., Colombia. PBX 57 (1) 3259700 Fax 3259713.

Correo para notificaciones judiciales: notificaciones.judiciales@cncs.gov.co

Agradeciendo la atención prestada,

Atentamente,



Manuel Orlando Mena Zapata

CC 16.755.974 de Cali

COLOMBIA COLOMBIA

REPUBLICA DE COLOMBIA
IDENTIFICACION PERSONAL
CEDULA DE CIUDADANIA

NUMERO **16.755.974**

MENA ZAPATA
APELLIDOS

MANUEL ORLANDO
NOMBRES

FIRMA



INDICE DERECHO

FECHA DE NACIMIENTO **11-ABR-1968**

CALI
(VALLE)
LUGAR DE NACIMIENTO

1.72
ESTATURA

O+
G.S. RH

M
SEXO

19-ENE-1987 CALI
FECHA Y LUGAR DE EXPEDICION

REGISTRADORA NACIONAL
ALMABEATRIZ RENGIFO LOPEZ



A-3100101-65142652-M-0016755974-20060307 0380006066O 02 185451803



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, dieciocho (18) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

ACCIÓN: TUTELA
ACCIONANTE: JESSICA LORENA REYES CONTRERAS
ACCIONADOS: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
CNSC, E INSTITUTO COLOMBIANO DE
BIENESTAR FAMILIAR ICBF
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
RADICACIÓN N°: 76 001 33 33 021 2019 00234 01

TEMA: Derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos. Se revoca sentencia de primera instancia que negó el amparo y se accede con efectos *inter comunis*.

Providencia discutida y aprobada en Sala y Acta de la fecha. Convocatoria N° 090 del 15 de noviembre de 2019.

1. OBJETO DE DECISIÓN

Decide la Sala la impugnación presentada por la parte demandante contra la Sentencia N° 145 del 30 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado Veintiuno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali que negó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos.

2. FUNDAMENTO FÁCTICO DE LA SOLICITUD (Fls. 1 al 18)

Mediante acuerdo N° 20161000001 del 5 de septiembre de 2016 la CNSC convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en adelante ICBF; la accionante se inscribió para optar por la vacante del empleo identificado con el código OPEC N° 39958, denominado Profesional Universitario Código 2044, Grado 8.

Mediante Resolución N° CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018 se conformó la lista de elegibles, quedando la accionante en el segundo lugar. Dicha resolución quedó en firme el 9 de junio de 2018 y conforme el artículo 64 del Acuerdo 2016 1000001376 de 2016 tiene una vigencia de dos años.

Mediante Resolución N° 6501 del 25 de mayo de 2018 el ICBF nombró en periodo de prueba a quien había quedado en el primer lugar de la lista de elegibles. El 22 de noviembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución N° CNSC - 20182230156785 que revoca el artículo 4 de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la convocatoria N° 443 de 2016 que señalaban:

“Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la

Medio de Control: Tutela
Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras
Accionado: CNSC e ICBF
Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados.”

Lo anterior impidió que el ICBF pudiese usar la lista de elegibles contenida en la resolución N° CNSC - 20182230040835 del 26 de abril de 2018, donde la demandante estaba en turno de opción ante el nombramiento de quien ocupó el primer lugar.

De otro lado, el Gobierno Nacional expidió el decreto 1479 de 2017 “*Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF*”, suprimiendo 42 cargos de carácter temporal cuya denominación era de Profesional Universitario Código 2044 Grado 8 y creo 49 con carácter permanente; así mismo determinó que dichos cargos debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en el decreto ley 909 de 2004.

El 4 de diciembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución N° 20182230162005 “*Por la cual se declara desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la convocatoria N° 4433 de 2016*”; el artículo primero declaró desierto el concurso respecto de 29 vacantes correspondientes al código 2044, grado 8, iguales al que se postuló la demandante dentro de la convocatoria 433 de 2016.

El 27 de junio de 2019 se expidió la ley 1960 que modificó la ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998 cuyo artículo 6 establece: “El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: ‘Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.’”.

El 1° de agosto de 2019 la CNSC aprobó y expidió “Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”, donde adoptó:

“La listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de Convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria.

De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la ley 1960 de 2019, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para las listas de elegibles.

En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los

Medio de Control: Tutela
Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras
Accionado: CNSC e ICBF
Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada.”

Como la señora Isabel Cristina Mosquera Torres, primera en la lista, fue nombrada y posesionada en el cargo ofertado por la OPEC 39985, la accionante pasó a ocupar el primer lugar dentro de la Resolución N° CNSC – 20182230040835 del 26 de abril de 2018; no obstante, como la CNSC revocó el artículo cuarto de cada una de las 1187 listas de elegibles expedidas con ocasión de la Convocatoria 433 de 2016, a la fecha no cuenta con posibilidad real de acceder a un cargo público ofertado por el ICBF en el citado concurso de méritos, dado que la única vacante que se ofertó en la OPEC 39958, Código 2044 Grado 8, es la ocupada por la señora Mosquera Torres, y según la directriz arriba transcrita, dicha lista de elegibles de la que hace parte la accionante no podrá ser tenida en cuenta ya que fue expedida por un proceso de selección que se adelantó con anterioridad a la expedición de la ley 1960 de 2019, pese a que el artículo 7 de la ley 1960 de 2019¹ precisa que dicha ley rige a partir de la fecha de su publicación, por lo que tanto el ICBF como la CNSC deben acatar lo preceptuado por ella, y proveer las vacantes creadas por el Decreto 1479 de 2017 con las listas de elegibles expedidas en razón de la Convocatoria 433 de 2016 que contaron con vigencia hasta el 27 de junio de 2019.

3. PRETENSIONES DE LA SOLICITUD (Fl. 18)

Se ordene a la CNSC y al ICBF que en el término de 48 horas siguientes al fallo de tutela, realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenado en los artículos 6° y 7° de la ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles Resolución N° CNSC – 20182230040835 del 26 de abril de 2018 *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC N° 39958, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 8 del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF, Convocatoria 433 de 2016”*, para que nombren y posesionen a la actora en uno de las cuarenta y nueve vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017, y evitar un perjuicio irremediable.

4. DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS. (Fl. 5)

Debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos.

5. CONTESTACIÓN

5.1. Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC (Fls. 62-64)

En cuanto a la aplicación de la Ley 1960 d 2019 es necesario advertir que la misma tiene vigencia desde su publicación esto es, desde el 27 de junio de 2019, no tiene efectos retroactivos y su aplicación se hará para convocatorias posteriores a su entrada en vigencia. Así mismo, solicita desvinculación de la presente acción, teniendo en cuenta que la CNSC

¹Artículo 7°. La presente ley rige a partir de su publicación (27 de junio de 2019), modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

Medio de Control: Tutela
Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras
Accionado: CNSC e ICBF
Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que si bien es cierto esta entidad adelantó el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes en la planta de personal del ICBF, también lo es que esta Comisión, no tiene ninguna competencia respecto de la administración de la planta de personal del Instituto, pues la facultad para nombrar y retirar servidores públicos se encuentra en cabeza del representante legal de la entidad en este caso, la Directora del ICBF.

5.2. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (Fls. 69-84)

Que no ha incurrido en ninguna conducta violatoria de la ley o derechos fundamentales de la accionante, pues su actuación se ha ceñido a la normatividad y jurisprudencia vigente. Que de conformidad con el artículo 31 de la ley 909 de 2004, el decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (SU-446 de 2011), las listas de elegibles solo pueden usarse para proveer cargos ofertados al momento de la respectiva convocatoria y por tal razón, resulta improcedente acceder a sus pretensiones para que a partir del uso de la lista de elegibles en la que se encuentra, sea nombrada en una vacante distinta a la ofertada bajo el número OPEC 39958. Por otro lado, la ley 1960 de 2019 no es aplicable en el presente caso, como quiera que rige a futuro y por ende, no puede cobijar los acuerdos de convocatoria aprobados antes de su entrada en vigencia, esto es, antes del 27 de junio de 2019, más aún cuando la lista de elegibles en la que se encontraba la accionante (Resolución N° CNSC 20182230040835 del 26 de abril de 2018) cobró firmeza el 9 de junio de 2018.

5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Fls. 94-98)

El Juzgado Veintiuno Administrativo Oral del Circuito de Cali en sentencia N° 145 del 30 de septiembre de 2019 desvinculó a la CNSC de la presente acción pues las pretensiones de la demanda se enmarcan única y exclusivamente respecto del nombramiento y posesión, situación que solo podría ser resuelta por el órgano convocante del concurso, es decir, el ICBF; negó las pretensiones de la demanda pues de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la lista de elegibles solo tiene vocación de servir para la provisión de los empleos objeto de la convocatoria.

6. IMPUGNACIÓN (Fls. 146-172)

La accionante fundamenta su impugnación básicamente en que se aplique lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 1960 de 2019, cuyo tenor literal es el siguiente:

- “Artículo 6°. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: “Artículo 31. El Proceso de Selección comprende:
- 1. (...)
- 2. (...)
- 3. (...)
- 4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos

Medio de Control: Tutela
Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras
Accionado: CNSC e ICBF
Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.” (Subraya la Sala).

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. Competencia

El Tribunal es competente para conocer de la impugnación de la sentencia proferida en primera instancia, según lo establecido por el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

7.2. Procedibilidad de la acción de tutela

7.2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En esta oportunidad, la señora Jessica Lorena Reyes Contreras, actúa en nombre propio y en defensa de sus derechos e intereses, por lo que se encuentra legitimado para presentar el mecanismo de amparo.

7.2.2. Legitimación pasiva

La Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de conformidad con lo estipulado en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 están legitimadas como parte pasiva dentro del proceso, toda vez que se les atribuye la vulneración de la prerrogativa constitucional.

7.3. Problemas Jurídicos

¿ las entidades demandadas vulneran los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la accionante al no nombrarla en un cargo igual a aquel para el que concursó y se encuentra de primera en lista de elegibles, bajo el argumento que fue creado con posterioridad a dicha convocatoria?

7.4. Tesis de la Sala Mixta de Decisión.

La Sala considera que las demandadas vulneran los derechos fundamentales de la actora y de todos los integrantes de la lista de elegibles al no aplicar el artículo 6° de la ley 1960 de 2019 so pretexto del “Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019” reglamento que excede la norma de mayor jerarquía desarrollada, al condicionar las listas de elegibles vigentes a la fecha de la convocatoria del concurso, limitante que no establece la ley y que desconoce principios constitucionales como el del mérito para acceder a cargos públicos; en consecuencia, la sentencia será revocada para en su lugar, tutelar los derechos fundamentales de la accionante, con efectos

Medio de Control: Tutela
Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras
Accionado: CNSC e ICBF
Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

inter comunis, respecto de quienes hacen parte de la lista de elegibles de conformidad con lo establecido en la sentencia T-946 de 2011².

Para soportar esta decisión abordará los siguientes temas: **i)** la acción de tutela; **ii)** procedencia excepcional de la acción de tutela en concurso de méritos; **iii)** efectos *inter comunis* de las sentencias de tutela; y **iiii)** el caso concreto.

7.4.1. La acción de tutela

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política de 1991 la acción de tutela es un derecho público subjetivo del que goza toda persona para obtener del Estado a través de la Rama Judicial la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, en determinados casos.

Esta acción es de carácter residual y subsidiario, sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente, idóneo, que le permita al actor solicitar ante los jueces ordinarios la protección de sus derechos; salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable que debe aparecer acreditado en el proceso.

7.4.2. Procedencia excepcional de la acción de tutela en concurso de méritos.

De tiempo atrás la Jurisprudencia aceptaba la procedencia excepcional de la acción de tutela a efectos de la protección de los derechos fundamentales de quien ha participado en un concurso de méritos, pese a existir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el cual se torna ineficaz cuando las circunstancias particulares denoten un perjuicio irremediable:

“La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediabilmente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.”³

² M.P. María Victoria Calle Correa.
³ Sentencia T-315 de 1998 de la Corte Constitucional

Medio de Control: Tutela
Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras
Accionado: CNSC e ICBF
Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

Estas excepciones a la improcedencia de la tutela se han desarrollado jurisprudencialmente frente a casos específicos⁴:

“De igual forma, en la sentencia SU-133 del 2 de abril de 1998, la Corte indicó que en algunas ocasiones los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concursos para acceder a cargos de carrera. Afirmó la referida providencia:

“Así las cosas, esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.”

En el mismo sentido, la Sentencia T-425 del 26 de abril 2001 se pronunció en los siguientes términos:

“En un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos. En efecto: la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.

En la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002, la Corte reiteró esta posición:

“... existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos.”

Así mismo, en la Sentencia SU-913 de 2009 la Corte Constitucional concluyó que *“...si bien, pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para tener la entidad de excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos. De lo contrario, esto es, acudir a un proceso ordinario o contencioso*

⁴ T-112 A de 2014 M.P. Alberto Rojas Ríos.

Medio de Control: Tutela
Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras
Accionado: CNSC e ICBF
Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de derechos que requieren atención inmediata”⁵

Por último, la sentencia T-160 de 2018⁶, también señaló la procedencia excepcional de la acción de tutela en concurso de méritos, cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable:

“Esta Sala de Revisión encuentra que la acción de amparo constitucional se convierte en el mecanismo idóneo de defensa judicial para resolver la controversia sometida a revisión, por una parte, porque las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que pretende demostrar que la aplicación de estas normas, en su caso concreto, lesiona sus derechos fundamentales”.

7.4.3. Efectos *inter comunis* de las sentencias de tutela

Por lo general, las sentencias de tutela tienen efectos *inter partes*, es decir, que solo afectan las situaciones particulares de los sujetos que intervienen en el proceso. Sin embargo, la H. Corte Constitucional ha señalado que, excepcionalmente, basado en la necesidad de brindar un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de los derechos fundamentales cuando la decisión del fallo de tutela afecta a personas que si bien no promovieron el amparo constitucional se ven afectadas por una situación de hecho o de derecho de una autoridad o de un particular, los efectos deberán ser *inter comunis*.

En efecto, señala la Alta Corporación⁷ lo siguiente:

Con el fin de garantizar el derecho a la igualdad entre las personas a las que se les conculcan sus derechos fundamentales y acuden a la acción de tutela y aquellas que a pesar de encontrarse en la misma situación no tienen la calidad de accionantes, es preciso que la decisión del juez de tutela sea uniforme y tenga los mismos efectos para unos y otros. Así entonces, para dictar fallos con efectos *inter comunis* deben observarse los siguientes requisitos: “(i) que la protección de los derechos fundamentales de los peticionarios atente o amenace con atentar contra los derechos fundamentales de los no tutelantes; (ii) que quienes no acudieron a la acción de tutela y los accionantes se encuentren en condiciones objetivas similares; y (iii) que con la adopción de este tipo de fallo se cumplan fines constitucionales relevantes tales como el goce efectivo de los derechos de la comunidad y el acceso a la tutela judicial efectiva.”⁸

Incluso, con el propósito de salvaguardar la supremacía del orden superior la misma Alta Corporación señaló que, por medio de los efectos *inter comunis* se podría incluso “...dejar sin valor decisiones judiciales adoptadas frente a ciertos problemas jurídicos específicos, para en su lugar: (i) reconocer prerrogativas a determinadas personas que previamente habían

⁵ Sentencia T-112 de 2014, Corte Constitucional
⁶ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez
⁷ Sentencia T-946/11, M.P. María Victoria Calle Correa
⁸ Sentencia T-088/11, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Medio de Control: Tutela
Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras
Accionado: CNSC e ICBF
Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

acudido ante las autoridades jurisdiccionales y habían recibido un respuesta negativa, o (ii) revocar derechos reconocidos a individuos que los habían obtenido en fallos expedidos dentro de otros procesos de tutela u ordinarios.”⁹

7.4.4. Análisis del caso concreto

La señora Jessica Lorena Reyes Contreras acudió al ejercicio de la acción constitucional de tutela para obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos vulnerados por las entidades accionadas al no nombrarla y posesionarla en uno de los 49 cargos de carácter permanente creados mediante el Decreto 1479 de 2017 posterior a la Convocatoria N° 433 de 2016 en el ICBF.

Está probado en el proceso que la accionante se inscribió en la convocatoria N° 433 de 2016 que realizó la CNSC mediante Acuerdo N° 2016100000176, para proveer la planta de personal del ICBF, para optar por la vacante del empleo denominado Profesional Universitario Código 2044 Grado 8; posteriormente, mediante Resolución N° CNSC – 20182230040835 del 26 de abril de 2018 *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC N° 39958 denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 8 del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016-ICBF* (Folios 65-66), donde la accionante quedó de segunda, el ICBF procedió a nombrar a quien ostentaba el primer lugar, quedando la accionante con una mera expectativa de ser nombrada en dicho cargo, máxime cuando solo existía una sola vacante.

Previo a lo anterior, el Gobierno Nacional expide el Decreto 1479 de 2017, *“Por medio del cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Cecilia de la Fuente de Lleras, y se dictan otras disposiciones.”*, suprimiendo 42 empleos de profesional universitario código 2044 grado 8 de carácter temporal creados mediante Decreto 2138 de 2016 y creando 49 de igual denominación como permanentes.

La CNSC revocó el artículo cuarto de la resolución N° CNSC – 20182230040835 del 26 de abril de 2018 que permitía que la accionante pudiera acceder a uno de los cargos nuevos creados, no obstante tal posibilidad se mantiene a partir del artículo 6° de la ley 1960 de 2019 que derogó el N° 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004, que dispone *“Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad”*.

⁹ Sentencia SU-037/19, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

Medio de Control: Tutela
Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras
Accionado: CNSC e ICBF
Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

Así las cosas, no es cierto como lo pregonan las entidades accionadas que la aplicación de la ley citada sería retroactiva, pues ella en su enunciado expresamente señala que las listas de elegibles aplican para cargos que incluso se creen con posterioridad a la convocatoria, situación fáctica que encaja plenamente en la de la actora y que la hace aplicable al encontrarse para el momento de la expedición de la ley la lista de elegibles de que es parte vigente y existir 49 cargos surtidos en provisionalidad, siendo exactamente iguales a aquel para el cual ella fue convocada y superó el concurso de méritos.

La anterior interpretación encuentra respaldo en el artículo 125 Superior que reza:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. (...).

Desatender lo dispuesto en la Norma Superior sería ignorar que “...el sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza el acceso al empleo público, por lo que debe realizarse en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.”¹⁰

Por tal razón, el Criterio Unificado adoptado por la CNSC el 1° de agosto de 2019 sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 que dispone que las listas de elegibles vigentes pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad a la ley, contradice la norma reglamentada y establece una limitante abiertamente inconstitucional y trasgresora de los derechos fundamentales de quienes a la entrada en vigencia de la ley, hacían parte de listas de elegibles vigentes, quienes tienen el derecho de acceder a todos los cargos vacantes o surtidos en provisionalidad de idéntica naturaleza a aquellos para los que concursaron sin importar la fecha de la convocatoria; por tal razón la Sala lo inaplicará por inconstitucional¹¹, en este caso concreto y con efectos *inter comúnis* para la lista de elegibles contenida en resolución No. CNSC 20182230040835 del 26 de abril de 2018.

¹⁰ T-180 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio
¹¹ “...entendida como la facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política.” Corte Constitucional, sentencia SU 132 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada (E)

Medio de Control: Tutela
Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras
Accionado: CNSC e ICBF
Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

En esa línea de pensamiento, no se comparte el criterio del *a quo* que desvinculó a la CNSC para responder por la presunta violación de los derechos fundamentales invocados como vulnerados por la accionante, pues en primer lugar, le corresponde elaborar las listas de elegibles que posteriormente enviará a las entidades para proveer las vacantes definitivas mediante los nombramientos y la respectiva posesión de los que conforman dichas listas en este caso, el ICBF; y en segundo lugar, fue dicha entidad quien a través de la Resolución N° 20182230156785 del 22 de diciembre de 2018 revocó el artículo cuarto¹² de todos los actos administrativos que contenían las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria 443 de 2016 ICBF, que permitía que pudieran ser utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surgieran durante su vigencia en los mismos empleos convocados y profirió el 1° de agosto de 2019 el Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019.

Con base en lo anterior, se revocará la sentencia impugnada y se tutelarán los derechos fundamentales de la accionante, así como los de aquellas personas que conforman la lista de elegibles contenida en la resolución N° CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018, pues si los efectos de esta sentencia fueran inter partes, las personas que se encuentran en la misma situación de la señora Jessica Lorena Reyes Contreras y que no acudieron al proceso verían vulnerados sus derechos fundamentales (efectos inter comunis), máxime si se considera que existen 49 cargos vacantes o surtidos en provisionalidad; en esta secuencia se le ordenará a la CNSC que (i) dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de notificada esta decisión, oferte los 49 cargos de Profesional Universitario Código 2044, Grado 8 creados mediante el decreto 1479 de 2017 para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a quienes conforman la lista de elegibles expedida por el acuerdo No. CNSC- 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 para optar, proceso que en todo caso no podrá exceder un mes calendario contado partir del cumplimiento del término de las 48 horas; (ii) elabore la lista de elegibles dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar los aspirantes dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas y en estricto orden de mérito.

8. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia N° 145 del 30 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado Veintiuno Administrativo Oral de Cali conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

¹² "Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados."

Medio de Control: Tutela
Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras
Accionado: CNSC e ICBF
Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

SEGUNDO: TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora Jessica Lorena Reyes Contreras.

TERCERO: INAPLÍQUESE por inconstitucional, el “Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”, proferido por la CNSC el 1° de agosto de 2019, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: ORDÉNASE a la CNSC que (i) dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de notificada esta decisión, oferte los 49 cargos de Profesional Universitario Código 2044, Grado 8 creados mediante el decreto 1479 de 2017 para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin de que quienes conforman las listas de elegibles opten, proceso que no podrá exceder del término de un mes calendario contado partir del cumplimiento de las 48 horas; (ii) elabore la lista de elegibles dentro de los quince (15) días siguientes y debidamente notificado el acto y en firme lo remita al ICBF en el término máximo de cinco (5) días hábiles.

QUINTO: ORDÉNASE al ICBF, recibida la lista de elegibles por parte de la CNSC, en el término de ocho (8) días hábiles deberá nombrar a los aspirantes en estricto orden de mérito.

SEXTO: La presente decisión tiene efectos *inter comúnis* para todas a aquellas personas que conforman la lista de elegibles contenida en la resolución N° CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018, y que no acudieron al proceso como accionantes.

SEPTIMO: NOTIFÍQUESE a las partes la presente decisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 del Decreto 306 de 1.992.

OCHO: REMITIR dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, si no fuere impugnada, el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ZORANNY CASTILLO OTALORA
Magistrada Ponente


ANA MARGOTH CHAMORRO BENAVIDES
Magistrada

Subvención por voto.


VÍCTOR ADOLFO HERNÁNDEZ DÍAZ
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca
Despacho 11

Santiago de Cali, dieciocho (18) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

Radicación:	7600133302120190023401
Acción:	TUTELA
Demandante:	JESSICA LORENA REYES CONTRERAS
Demandado:	CNSC E ICBF
Instancia:	SEGUNDA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Suscribo salvamento parcial de voto, específicamente en lo que respecta a los efectos del fallo de tutela.

En mi criterio los tribunales no tienen la facultad de amplificar los efectos de sus fallos porque no son órganos de cierre.

En la sentencia SU037/19 recordó la Corte Constitucional:

7.1. La Corte Constitucional ha explicado que de conformidad con los artículos 48 de la Ley 270 de 1996¹ y 36 del Decreto 2191 de 1991², por regla general, *“los efectos de las decisiones que profiere (...) en su labor de revisión de las sentencias de tutela son inter partes”*, es decir, solo afectan a los extremos procesales involucrados en la causa³. Sin embargo, en razón de la misión encomendada por el artículo 241 de la Constitución consistente en salvaguardar la integridad del ordenamiento superior, esta Corporación ha desarrollado dos dispositivos específicos de extensión de las consecuencias de las órdenes

¹ “Artículo 48. Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto: (...) 2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces”. Al respecto, cabe resaltar que el numeral transcrito fue declarado exequible de manera condicionada en la Sentencia C-037 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), bajo el entendido que “las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad”.

² “Artículo 36. Efectos de la revisión. Las sentencias en que se revise una decisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta”.

³ Sentencia SU-011 de 2018 (M.P. Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado).

que adopta en las providencias de amparo, los cuales ha denominado efectos *inter comunis* e *inter pares*⁴.

De este modo sustentó mi salvamento parcial de voto.

Atentamente,


ANA MARGOTH CHAMORRO BENAVIDES
Magistrada

⁴ Cfr. Providencias SU-1023 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), A-071 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y C-461 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

República de Colombia



Rama Judicial

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN**

Pamplona, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente:

DR. NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Acta No. 016

Proceso	Acción de Tutela – Segunda Instancia
Radicado	54-518-31-12-002-2020-00033-01
Accionante	LUZ MARY DÍAZ GARCÍA
Accionado	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
vinculados	PARTICIPANTES DE LA CONVOCATORIA N. 433 de 2016 PERSONAS QUE CONFORMAN LA LISTA DE ELEGIBLES DEL CARGO DE PROFESIONAL ESPECIALIZADO CÓDIGO 2028, GRADO 17 DE LA CONVOCATORIA 433 DE 2016 FUNCIONARIOS QUE ACTUALMENTE OCUPAN LOS CARGOS DECLARADOS DESIERTOS DENTRO DE LA CONVOCATORIA

ASUNTO.

Decide la Sala resolver la impugnación presentada por **LUZ MARY DÍAZ GARCÍA** contra el fallo de tutela de fecha 20 de mayo de 2020 proferido por el Juzgado Segundo Civil Laboral del Circuito de Pamplona.

ANTECEDENTES

HECHOS.-¹

Conforme lo narrado por la Accionante y el trasegar procesal tenemos por tales los siguientes:

1.- LUZ MARY DÍAZ GARCÍA se inscribió, concursó y superó satisfactoriamente todas las etapas en la convocatoria 433 de 2016 para proveer el cargo de

¹ Folio 2 y ss. La paginación corresponde al archivo de pdf del expediente de primera instancia al que tuvo acceso el magistrado sustanciador, el cual le fue enviado a su correo electrónico institucional el 29 de mayo de 2020.

profesional especializado código 2028 grado 17, código OPEC (OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS DE CARRERA) 38694 en el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, ICBF.

2.- Por medio de la Resolución No. 20182230050595 del 21 de mayo de 2018 (en adelante Resolución 50595/2018), la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, CNSC, conformó *“la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el código OPEC número 38694, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Convocatoria No 433 de 2016-ICBF”*, en la cual la Accionante ocupó el segundo lugar².

3.- El artículo cuarto de la mencionada Resolución 0595/2018 señalaba que *“Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de méritos para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados”*.

4.- Sin embargo, tal artículo fue revocado por medio de la Resolución CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, por ser incompatible con la sentencia SU 446 de 2011 de la Corte Constitucional, el Decreto 1894 de 11 de septiembre de 2012 y el Acuerdo 20161000001376 (marco de la plurimencionada convocatoria), especialmente en su artículo 62. En tal resolución concluyó la CNSC: *“Corolario de lo expuesto, se tiene que el artículo cuarto de los 1187 actos administrativos previamente referidos contempló la posibilidad de conformar una lista general para la provisión de vacantes no convocadas por lo que deberá ser revocado conforme las razones anteriormente expuestas con el fin de restablecer el orden público”*.

6.- Con posterioridad al trámite del concurso y a la elaboración de la lista de elegibles del cargo de marras, el artículo 6 de la Ley 1960 de junio 27 de 2019 modificó el numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004 *“Por la cual se expiden*

² Folio 17 y ss.

normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”, disponiendo que con las listas de elegibles se podían proveer las “las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”.

7.- A través del “*criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”*, elaborado por la CNSC en sesión de 16 de enero de 2020, tal Entidad señaló que las vacantes generadas en convocatorias aprobadas antes de la promulgación de aquella norma sólo, podían ser cubiertas con los “mismos empleos” de la lista de elegibles, entendiendo por tales los que tienen la misma OPEC.

8.- Mediante oficio 20201020238471 de 27 de febrero de 2020³, la CNSC respondió el derecho de petición a la Accionante, refiriendo la imposibilidad de hacer uso de la lista de elegibles que integra la Accionante para proveer vacantes en el cargo de profesional especializado, código 2028, grado 17, manifestación en el mismo sentido que realizó mediante oficio 20201210000004751 de 25 de febrero de 2020, el ICBF⁴

PETICIONES.-⁵

La Accionante solicitó que se le amparen sus derechos fundamentales de petición, debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos por el sistema de méritos y en consecuencia se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR realizar los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante Resolución número 20182230050595 del 21 de mayo de 2018 respecto al cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 en una de las vacantes que no fueron provistas en periodo de prueba y que fueron declaradas desiertas.

Además, pidió que se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL ofertar las vacantes del cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 en la oferta pública de empleos, con el fin de que quienes hacen

³ Folio 53.

⁴ Folio 49 y ss.

⁵ Folio 11 a 12

parte de la lista opten por una de ellas, mientras que para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar requiere que una vez recibidas las listas de elegibles, efectúe el nombramiento según el orden que corresponda en una de las 27 vacantes declaradas desiertas o que hayan quedado vacantes con posterioridad a la conformación de la lista.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

El 8 de mayo de 2020⁶ la *A quo* admitió la acción de tutela por cumplir con las exigencias mínimas, ordenó su notificación y corrió traslado para que en el término de dos días los Accionados se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones, vinculó a quienes participaron en la convocatoria No. 433 de 2016 y a todas las personas que actualmente conforman la lista de elegibles del cargo de Profesional Especializado Código 2028, grado 17 de dicha convocatoria, así como a todos los funcionarios que actualmente ocupan los cargos declarados desiertos y decretó pruebas.

El 20 de mayo de 2020 de resolvió la acción constitucional.

RESPUESTA A LA ACCIÓN

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF)⁷.-

Frente a los hechos, señaló que la CNSC mediante Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del Sistema General de carrera administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, Convocatoria No. 433 de 2016.

Señala que la Accionante a través de la Oferta Pública No. 38694 ofertó una vacante del empleo denominado Profesional Especializado Código 2028 Grado 17, cuya ubicación geográfica era la Regional Norte de Santander – Pamplona.

⁶ Folio 73 a 76.

⁷ Folio 84 y ss.

Indica que la lista de elegibles fue publicada mediante Resolución No. 20182020050595 del 21 de mayo de 2018, en la que se encontraron habilitados 2 elegibles, en donde LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, ocupó el segundo lugar de elegibilidad.

En firme la lista de elegibles, continúa, se efectuó el nombramiento y posesión de la persona que ocupó el primer lugar de elegibilidad para proveer las vacantes de la convocatoria 433 de 2016 para el empleo de Profesional Especializado Código 2028 grado 17 en el que participó la accionante.

Solicitó se declare improcedente la acción de tutela por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental, así como de subsidiariedad y perjuicio irremediable, argumentando que ya se publicó la lista de elegibles, la que adquirió firmeza en junio de 2018, la cual se conformó para proveer 1 vacante y la accionante ocupó la posición número 2.

Señala que la Actora lo que cuestiona es el hecho de no haberse efectuado su nombramiento en aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, que modificó el numeral 4 de la Ley 909 de 2004, desconociendo el artículo 2 de la misma norma que creó el derecho a los empleados de carrera administrativa a concurso de ascenso y movilidad horizontal, para lo que la Ley otorgó un término a la CNSC.

Plantea que la Accionante exige su nombramiento en un cargo que no guarda equivalencia con el cargo al que aspiró en el marco de la convocatoria, toda vez que ninguno de aquellos (tanto los declarados vacantes como los creados después de la convocatoria), fueron asignados al municipio de Pamplona.

Dice que no se puede afirmar de manera general y descontextualizada que la acción de tutela es procedente siempre que exista un concurso de méritos o lista de elegibles, dado que las controversias que pueden suscitarse son de diversa naturaleza y las particularidades de cada caso ameritan un estudio específico.

Aduce que la controversia principal versa sobre el cumplimiento inmediato de una norma de carácter general, frente a lo que se requiere adelantar una serie de acciones administrativas y financieras que implican tiempo y recursos públicos las cuales relaciona extensamente.

Añade, frente a la subsidiariedad y perjuicio irremediable, que la Accionante cuenta con mecanismos distintos a la tutela para ejercer sus derechos, pues ataca actos administrativos de carácter general y las respuestas dadas a los derechos de petición, lo que constituye un acto de trámite, que, por regla general, no son objeto de protección constitucional.

Respecto al criterio unificado “*uso de lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019*”, señala que el ICBF ha realizado acciones de verificación e identificación en la planta global, arrojando como resultado para el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 17, en el cual participó LUZ MARY DIAZ GARCÍA, que no existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el criterio unificado, puesto que los cargos declarados vacantes y aquellos creados con posterioridad a la convocatoria, no fueron asignados a la Regional Norte de Santander – Pamplona, por lo que no corresponde a la misma ubicación geográfica.

Resalta que el ICBF no ha vulnerado ni puesto en riesgo ningún derecho fundamental de la accionante en tanto está adelantando todas las gestiones que implican el reajuste introducido por la Ley 1960 de 2019 y la norma no puede tener una aplicación inmediata como quiera que implica la revisión de los criterios establecidos por la CNSC.

Añade que aceptar la aplicación de la lista de elegibles de la Accionante, desconocería los derechos de las personas que se inscribieron en las OPEC correspondientes al empleo profesional especializado Código 2028 Grado 17, en las ubicaciones geográficas para las que sí se crearon nuevas vacantes, pues estas personas desde el inicio de la convocatoria escogieron esa ubicación, presentaron las pruebas y aprobaron el proceso a la luz de las necesidades del servicio de aquellos territorios.

CIUDADANO MANUEL ORLANDO MENA ZAPATA⁸.-

Quien manifestó actuar en calidad de inscrito en el concurso de méritos 433 de 2016 y en lista de elegibles en el cargo de Profesional Universitario OPEC 39458, luego de narrar las etapas desarrolladas en el concurso, señaló que el acuerdo que rige

⁸ Folio 112 y ss.

la convocatoria siempre permite utilizar la lista de elegibles para las vacantes nuevas en iguales empleos, misma denominación, grado, función y perfil.

Manifestó que el comunicado de la CNSC del 16 de enero de 2020, crea confusión, respecto del concepto “mismos empleos”, concepto que es similar a “vacantes para las cuales se efectuó el concurso” pero completamente diferente a “cargos equivalentes” el cual es mencionado en la Ley 1960 de 2019.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)⁹.-

Desde el inicio de su respuesta manifestó que su pronunciamiento solo sería respecto de la competencia de la entidad que representa.

Señaló que LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, participó en el concurso de méritos convocado mediante Acuerdo 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 para el empleo identificado con el código OPEC No. 38694 y que una vez superadas las fases del concurso se publicó la Resolución No. CNSC-20182230050595 del 21 de mayo de 2018 *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 38694, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF”*, en la cual ocupó la segunda posición con un puntaje de 70.63 puntos.

Refiere que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 del acuerdo de convocatoria la CNSC remitió al ICBF, el acto administrativo para realizar los nombramientos de aquellos elegibles que ocuparon una posición meritória en la lista es conforme el número de vacantes ofertadas para cada OPEC, en estricto orden de mérito.

Indica que para el empleo en mención se ofertó una vacante, y que el elegible que adquirió el derecho a ser nombrado en periodo de prueba para el cargo fue el aspirante que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, mientras que la Accionante ocupó la segunda posición, por lo que no es posible que se realice su nombramiento.

⁹ Folio 140 y ss.

Frente a la acción interpuesta señaló que no se acreditó el requisito de subsidiariedad, ni el perjuicio irreparable, al que se ve enfrentada la tutelante, requisito *sine qua non* para ejercitar el instrumento jurídico. Además, debe resultar improcedente por cuestionar actos administrativos que buscan revisar las reglas o pautas que rigen el concurso de méritos o determinaciones que se adoptan en la evolución de sus etapas o fases.

Finalmente señaló que no hay lugar al amparo solicitado por no agotarse las acciones ordinarias existentes y solicitó la desvinculación de la CNSC por falta de legitimación en la causa y subsidiariamente no tutelar los derechos invocados por la Accionante por no existir desconocimiento de los mismos.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA¹⁰

El 20 de mayo de 2020 el Juzgado Segundo Civil Laboral de Pamplona resolvió declarar improcedente el amparo constitucional invocado por LUZ MARY DÍAZ GARCÍA respecto de los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos y negar el amparo constitucional respecto del derecho de petición.

Argumentó, respecto a la improcedencia declarada, que existen otros mecanismos de defensa judicial como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que se consagran medidas cautelares, y/o controvertir los actos administrativos mediante los recursos ordinarios.

De acuerdo a la inconformidad de la Resolución No. CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, dijo que se debieron ejecutar las acciones que tenía a su alcance a fin de controvertir el acto administrativo y buscar dejar en firme el artículo 4 de la Resolución No. CNSC 20182230050595 del 21 de mayo de 2018.

Refirió que la Accionante no solicitó el amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y no allegó prueba sumaria de tal situación, pese a haber manifestado que su esposo por ser músico hace aproximadamente dos (2) meses no tiene trabajo en razón a la pandemia, no se alegó ni acreditó una presunta vulneración a su derecho al mínimo vital, máxime que su inconformidad radicó desde la expedición de la Resolución No.

¹⁰ Folio 240 y ss.

20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, a partir de la cual se restringió la posibilidad de que su lista pudiese ser utilizada para otros cargos ubicados en otra zona geográfica diferente a la que inicialmente había opcionado.

Señaló que tampoco es un perjuicio irremediable que la lista de elegibles esté próxima a vencer, dado que la inconformidad se origina desde el 22 de noviembre de 2018, y sólo hasta el 8 de mayo de 2020 radicó la tutela, teniendo tiempo suficiente previo al vencimiento de la lista de elegibles para haber ejercido las acciones ordinarias frente a los actos administrativos que consideraba lesionaban sus derechos, lo que no hizo, ni siquiera recién expedida la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, de la que reclama le es aplicable para ser nombrada en otra ubicación geográfica diferente a la OPEC a la cual optó.

Indicó que tampoco se cumple con el requisito de la inmediatez, por cuanto se reprocha entre otras cosas haber revocado el artículo 4 de la Resolución No. CNSC 20182230050595 del 21 de mayo de 2018 por medio de la Resolución No. 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 y si se estudiara desde la expedición del Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020, hasta el momento de la interposición de la acción de tutela trascurrieron aproximadamente 4 meses, término para acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que tampoco se cumple con la inmediatez, no siendo aceptable que se hubiere esperado hasta casi el cumplimiento del término de caducidad para acudir al mecanismo residual.

Frente al derecho fundamental de petición y luego de analizar la solicitud y la respuesta, encontró que tanto la CNSC como el ICBF emitieron respuesta oportuna, de fondo, completa y congruente con lo peticionado, sin que ello signifique acceder a lo pretendido, la que fue puesta en conocimiento de LUZ MARY DIAZ GARCÍA.

Dijo también que no se presentó vulneración al derecho fundamental al debido proceso, por haberse respetado todas las etapas del proceso de selección correspondientes a la Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF, según lo previsto en el Acuerdo No. CNSC 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, así como los actos administrativos proferidos durante el mismo, los cuales se encuentran en firme.

Argumentó que desde la inscripción de LUZ MARY DIAZ GARCÍA a la convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF era conocida que para el cargo para el cual se postuló, solo existía una vacante para la Regional Norte de Santander – Pamplona, por lo que no se desconoce que lo que adquirió a través de la convocatoria fue una mera expectativa y no un derecho, cual obtuvo YASMÍN ROCÍO WILCHEZ MORENO, primer lugar en la lista de elegibles para el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 OPEC 38694, quien fue nombrada y posesionada en la única vacante ofertada respecto de dicho cargo en la ciudad de Pamplona.

Señaló que no le asiste razón a la Accionante respecto a los cargos equivalentes, pues si bien el artículo 6 de la ley 1960 de 2019 la habilita para ser nombrada, esto sólo es posible en un cargo equivalente al que concursó, esto es, profesional universitario, código 2028 Grado 17, OPEC 38694, perteneciente a la Regional Norte de Santander, Pamplona, siempre que cumpla con la misma asignación básica mensual, propósito y funciones, y además porque el Acuerdo de convocatoria es ley para las partes, entre otros, la OPEC hace parte integrante del mismo y la Accionante sabía desde el principio que había una vacante para el cargo ofertado.

Frente al derecho a la igualdad, señaló que la Accionante no acreditó que otras personas en las mismas circunstancias se les hubiere dado un trámite diferente. Respecto de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca dentro de la acción de tutela interpuesta por JESSICA LORENA REYES CONTRERAS, se debatió si a partir del criterio unificado proferido por la CNSC el 27 de agosto de 2019, la Ley 1960 de 2019 resultaba aplicable para procesos de selección iniciados antes de la expedición de la misma y no únicamente los que iniciaron luego de su promulgación, no siendo un caso análogo al analizado, si el criterio unificado expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020, se debe tener en cuenta, y entre otros, el requisito de ubicación geográfica que identifica a cada cargo.

Además, indicó que el efecto *inter comunis* que aplicó dicha Corporación sólo resulta aplicable para aquellas personas que conforman la lista de elegibles correspondiente a la Resolución No. 20182230040835 del 26 de abril de 2018, conformada para el cargo de Profesional Universitario código 2044 grado 8 OPEC

39958 (que es diferente al ofertado para Ella), y que tal efecto sólo puede ser ordenado por la Corte Constitucional.

Refirió también que si se omitiera la ubicación geográfica y se conformara una lista a nivel nacional para proveer las vacantes disponibles para el mismo empleo, no se podría tener certeza el puesto que ocuparía la Accionante en dicha lista, pues no se podría desconocer la opción que otros participantes que eligieron en el marco de la misma convocatoria

Respecto a los derechos al trabajo y acceso a cargos públicos, señaló que no se violan con la negativa de las entidades accionadas de efectuar el nombramiento de LUZ MARY DIAZ GARCÍA, al no existir una vacante disponible en la Regional Santander Pamplona, dado que el goce al derecho al trabajo puede materializarse de otras formas, además de que la accionante manifiesta ser profesional y haberse desempeñado como docente.

IMPUGNACIÓN¹¹

Inconforme con la decisión adoptada por la *A quo*, la accionante LUZ MARY DÍAZ GARCÍA impugnó el fallo de primera instancia, manifestando que se ratifica en todos y cada uno de los argumentos esbozados en la demanda, y solicitó que se revoque el fallo y en su lugar se conceda la protección de los derechos invocados, accediendo a las pretensiones y tomando los correctivos a que haya lugar en razón al vencimiento de la lista de elegibles.

Frente a derecho de petición dijo que, si bien las autoridades accionadas dieron respuesta a la petición, no absolvieron todos los interrogantes planteados.

Frente a la existencia de otro medio de defensa señaló que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no la exime de la concurrencia a un proceso ordinario que en la práctica no es ágil y oportuno por la congestión que existe en la administración de justicia.

Aduce que concursó para un cargo con numero de OPEC y ubicación geográfica determinada, circunstancia que de acuerdo a la norma no hace que los cargos

¹¹ Folio 299 y ss.

convocados sean equivalentes y que no tenga la posibilidad de ser nombrada en una de las vacantes existentes, además, advierte que la administración ha cambiado las pautas del concurso con resoluciones y conceptos diversos en los que difiere en su criterio.

Indica que el artículo 6 de la ley 1960 de 2019 que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004 le abrió la oportunidad de acceder a un nombramiento en razón al concurso, respecto del que existen vacantes, no sólo para el número OPEC al que concursó, sino para cualquier otra que haya surgido con posterioridad a la convocatoria, pero que los entes accionados se niegan a acatar aplicando conceptos contradictorios.

Insiste en el derecho que tiene a ser nombrada en una de las vacantes para proveer el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 que se encuentran vacantes a nivel nacional y que fueron declaradas desiertas con transgresión a la ley.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA. -

Este Tribunal es competente para conocer de la impugnación de la presente Acción de tutela según lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política y artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Cabe anotar que a pesar de haberse mencionado la existencia de pronunciamientos judiciales anteriores¹², por no haberlo planteado así la pasiva, nada obsta para que se emita decisión de mérito¹³.

PROBLEMAS JURÍDICOS. -

¹² Sentencia 18 de noviembre de 2019, radicación 76001333302120190023401, Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca y sentencia de 19 de mayo de 2020, Tribunal Administrativo de Risaralda, radicado 66001-33-003-2020-00127-01.

¹³ "7.8. Si por alguna razón se omite por el sujeto demandado poner de presente las condiciones que admiten que el caso sea remitido a una misma autoridad, en los términos en que se disponen en el decreto en cita, ninguna consecuencia se deriva de ello en el campo procesal, pues el juez al que se le atribuya el caso deberá proceder a su trámite, según los criterios de competencia que hayan motivado su asignación, ante la falta de conocimiento de los supuestos que activan esta regla especial de reparto. De ahí que, al igual que ocurre con el Decreto 1382 de 2000, esta última tampoco es un motivo válido para suscitar un conflicto de competencia, o para declarar la nulidad de lo actuado en el curso del proceso". Corte Constitucional, Auto 172 de 2016.

Procurará esta Corporación dilucidar:

1).- ¿La acción de tutela presentada por LUZ MARY DÍAZ GARCÍA cumple con los requisitos generales de procedencia contra actos administrativos emitidos en un concurso de méritos?

2.- ¿Es vulneratorio de los derechos fundamentales de la accionante que tanto el ICBF como la CNSC usen el código OPEC para dar aplicación a la expresión “*cargos equivalentes no convocados*” contenida en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019?

3.- ¿Vulneraron las Accionadas el derecho fundamental de petición de la Accionante?

REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.-

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Nacional, toda persona puede ejercer la acción de tutela mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, siempre que resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares. La acción de tutela resulta procedente cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz para la protección de sus derechos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la consolidación de un perjuicio irremediable.

En esta medida, antes de pronunciarse de fondo sobre el caso concreto, es deber del juez constitucional verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, a saber: (i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva, (ii) la inmediatez y (iii) la subsidiariedad¹⁴.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA.-

Este requisito de procedencia tiene por finalidad garantizar que quien interponga la acción tenga un “*interés directo y particular*” respecto de las pretensiones elevadas, de manera que el juez constitucional pueda verificar que “*lo reclamado es la*

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro". A su vez, esta acción debe ser ejercida en contra del sujeto responsable de la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, sea este una autoridad pública o un particular¹⁵.

Por activa, tenemos a LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, ciudadana que agotó todas las etapas como concursante en la convocatoria 433 ICBF y que al momento de la interposición de la acción integraba una lista de elegibles vigente, sobre la cual asienta su pedimento; por pasiva tenemos el tándem INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, entidades públicas del orden nacional que comparten responsabilidades y funciones en el diseño, implementación y ejecución del concurso de la convocatoria 433.

De esa manera se da por acreditado este requisito.

INMEDIATEZ.-

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable computado a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. Este requisito tiene por finalidad preservar la naturaleza de la acción de tutela, concebida como *"un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados"*¹⁶.

Con el fin de orientar la labor del juez de tutela, la jurisprudencia constitucional ha identificado cinco criterios que ayudan a determinar, en cada caso, el cumplimiento del requisito de inmediatez: (i) la situación personal del peticionario, que puede hacer desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve; (ii) el momento en el que se produce la vulneración, ya que pueden existir casos de violación permanente de derechos fundamentales; (iii) la naturaleza de la vulneración, pues la demora en la presentación de la tutela puede estar relacionada, precisamente, con la situación que, según el accionante, vulnera sus derechos fundamentales; (iv) la actuación contra la que se dirige la tutela, ya que si se trata de una providencia judicial, el análisis debe ser más estricto, y (v) los efectos de la

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia SU 391 de 2016.

tutela en los derechos de terceros, quienes tienen la expectativa legítima de que se proteja su seguridad jurídica¹⁷.

En el caso de marras, tenemos varios actos que se candidatizan para ser contemplados como hitos a partir de los cuales se compute el tiempo de iniciación de los perjuicios; a saber, 27 de junio de 2019, fecha en la cual se promulgó la Ley 1960 de 2019, 1 de agosto de 2019 y 16 de enero de 2020 cuando se emitieron sendos “Criterios Unificados” que la interpretan, pues es un mecanismo administrativo por medio del cual la CNSC ejerce la función consignada en el literal h del artículo 11 de la Ley 909 de 2004¹⁸.

Dado que la ley no irrogó perjuicio alguno a la Tutelante (y por el contrario le otorgó derechos), lo que le correspondía era esperar el acatamiento de la Ley por las accionadas. Podría afirmarse que la situación era pasible de la acción de cumplimiento, sin embargo, el inciso primero del artículo 9 de la Ley 393 de 1997 dispuso que este mecanismo es subsidiario a la tutela, por lo que no estaba obligada a agotarlo¹⁹, confluyendo aquí con el requisito de subsidiariedad como se analizará más adelante.

Con respecto a los “Criterios Unificados”, tenemos que el primero de ellos emitido por la CNSC en sesión de 1 de agosto 2019, que abordó el tema de la *“lista de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”*, estructuró el siguiente referente legal:

CRITERIO ADOPTADO

Las listas de elegibles expedidas y que se van a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria.

De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la ley 1960, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para las listas de elegibles.

En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad **únicamente es aplicable a las listas expedidas**

¹⁷ *Ibídem*.

¹⁸ “h) Expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa”;

¹⁹ “La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela”.

para los procesos de selección que fueron aprobadas con posterioridad al 27 de junio y por esa razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada²⁰.

*Negrilla fuera de texto.

Dado que el Acuerdo gobernante de la convocatoria 433 fue el 201610000001376 de 5 de septiembre de 2016²¹, cual incontrovertiblemente precedió a la Ley 1960 de junio de 2019, según el Criterio Unificado antedicho sus listas de elegibles sólo podrán ser utilizadas para las precisas vacantes que ofertó. En esa medida, podría considerarse que al quitar el derecho al reuso de su lista, este Criterio Unificado debe ser el que inicia el cómputo temporal de la debida diligencia que la Accionante debió desplegar para hacerlos respetar.

Sin embargo, el 16 de enero de 2020 a través del *criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”*, la CNSC revocó el de agosto de 2019, y en su lugar permitió que las listas procedentes de convocatorias anteriores a la Ley 1960 fuesen utilizadas en vacantes posteriores a ellas, siempre y cuando tuviesen el mismo número OPEC:

De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir las vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los **“mismos empleos”**; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación, básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con el número de OPEC²².

*Negrilla en el original.

Por lo tanto, habiéndose revocado el Criterio Unificado de agosto de 2019 que impedía la reedición de las listas, y habiéndose proferido un nuevo acto administrativo, el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 que lo permitía (aunque con un condicionante nuevo, el código OPEC), es razonable tomar éste y no aquél como punto de partida del cómputo de inmediatez.

²⁰ <https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos#>

²¹ Folio 103.

²² Folio 25 y ss.

Considerando que esta acción fue interpuesta el 8 de mayo de 2020²³, es decir, poco más de tres meses después de la emisión del Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, debe concluirse que fue interpuesta en un término razonable.

Adicionalmente, no puede desdeñarse que obra en la actuación el ejercicio de derechos de petición al ICBF²⁴ y CNSC²⁵ de 30 de enero de 2020, los cuales fueron respondidos respectivamente el 25 y 27 de febrero de 2020²⁶, acreditando así diligencia en la gestión del asunto

Finalmente, cabe anotar que para la fecha de interposición de la acción, la lista de elegibles integrada por la Accionante se encontraba vigente, pues se extendía hasta el 5 de junio de 2020²⁷.

SUBSIDIARIEDAD.-

Sobre este criterio, que controla el ejercicio suplementario de la acción de tutela, ha señalado la Corte Constitucional:

44. La acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial efectivo para la protección de sus derechos fundamentales o, en caso de existir tal recurso judicial, se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El carácter subsidiario de esta acción *“impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales (...) y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional”*.

45. No obstante, la Corte ha advertido que el estudio de la subsidiariedad de la acción de tutela no consiste en una mera verificación formal de la existencia de otros mecanismos judiciales o administrativos. Por el contrario, le corresponde al juez constitucional analizar la situación particular del accionante y los derechos cuya protección se solicita, con el fin de comprobar si aquellos resultan eficaces para la protección de los derechos fundamentales. Por ejemplo, en los asuntos que involucran derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, el análisis del cumplimiento del requisito

²³ Folio 72.

²⁴ Folio 28 y ss.

²⁵ Folios 35 y 42 y ss.

²⁶ ICBF 25 de febrero de 2020 (fl. 49 y ss), CNSC 27 de febrero de 2020 (fl. 53 y ss.)

²⁷ Folio 141.

de subsidiariedad es menos riguroso, debido al interés superior de los menores de edad, garantizado por el artículo 44 de la Constitución.

46. De manera reiterada, la Corte ha advertido que el juez constitucional debe determinar si los medios de defensa judicial disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien acude a la acción tutela. Si no es así, puede otorgar el amparo de dos maneras distintas: (i) como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria, y (ii) como mecanismo eficaz de protección de los derechos fundamentales. La primera posibilidad implica que si bien las acciones ordinarias pueden proveer un remedio integral, no son lo suficientemente expeditas para evitar un perjuicio irremediable. La segunda, que el medio de defensa ordinario no ofrece una solución integral para la protección de los derechos fundamentales comprometidos.

47. La existencia de las otras vías judiciales debe ser analizada en cada caso concreto, en cuanto a su eficacia. Si no permiten resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrecen una solución integral para el derecho comprometido, es procedente la acción de tutela como mecanismo de amparo definitivo de los derechos fundamentales invocados²⁸.

Con ese lineamiento, le corresponde a esta corporación determinar *i*).- si existe otro mecanismo de defensa judicial, *ii*).- si de existir brinda protección “*eficaz y completa*”, y finalmente, si no es así, *iii*).- determinar si se debe otorgar el amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o como “*mecanismo de amparo definitivo de los derechos fundamentales invocados*”.

Como esta actuación versa sobre un derecho particular y concreto consignado en un acto administrativo, el escenario natural en que debería darse el debate sería la acción de nulidad y restablecimiento consignada en el artículo 138 CPCA²⁹.

Sin embargo, tratándose de concurso de méritos, profusa ha sido la jurisprudencia constitucional sobre la posibilidad de ejercicio de la acción de tutela, a pesar de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial.

En un caso fácticamente similar al que se estudia, consistente en que una integrante de la lista de elegibles ubicada en una posición (5) que excedía la de plazas

²⁸Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

²⁹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

convocadas (2), aspiraba a que tal fuera utilizada para proveer las vacantes definitivas, expresó la Corte Constitucional:

De forma pacífica, la Corte ha señalado que conforme al artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, al que se puede recurrir ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de los derechos invocados o cuando existiendo se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por consiguiente, si hubiere otras instancias judiciales que resultaren eficaces y expeditas para alcanzar la protección que se reclama, el interesado debe acudir a ellas, antes de pretender el amparo por vía de tutela. Es decir, la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto, pues el amparo no puede desplazar los mecanismos de defensa previstos en la correspondiente regulación común.

De esta manera, en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos esta Corporación ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de **la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos.**

(...)

Al hilo de lo expuesto, se concluye que según la jurisprudencia de esta Corporación, **la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito**, por cuanto, como se verá en el siguiente acápite, se pretenden garantizar no solo los derechos a la igualdad y al debido proceso, sino además la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución Política³⁰.
 Negrilla fuera de texto.

Como ya se refirió, no procedía la acción de cumplimiento en la actuación que hoy nos ocupa, y adicionalmente se constata que el amparo se inició dentro del término de caducidad de cuatro meses de la nativa acción de nulidad y restablecimiento (según el hito temporal que ya se relacionó en el acápite anterior), por lo que se descarta que esta acción sea usada para contrarrestar la desidia de la Accionante en tal punto.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia T 112 A de 2014.

Además, está demostrado que al momento de presentación de esta acción de tutela no era viable el ejercicio judicial de la acción de nulidad y restablecimiento, debido a que por Acuerdo PCSJA20-11518 del Consejo Superior de la Judicatura, desde el 16 de marzo de 2020 (dos meses después de la fecha de emisión del acto lesivo de los derechos fundamentales), fueron suspendidos los términos procesales.

En ese orden, esta Corporación considerará superado el requisito de subsidiariedad en función de la ineficacia (por imposibilidad de ejercicio), del mecanismo judicial prevalente.

Finalmente, debe atenderse la situación particular de la Accionante, quien refirió, y no fue desmentido, tener dos hijos menores de edad, carecer de estabilidad laboral y padecer el desempleo de su pareja (músico) derivado de la pandemia, por lo que, la acción de tutela se erige también como un mecanismo idóneo para la resolución del caso.

Decisión de avocamiento material que, entre otras, encuentra respaldo en la sentencia T-551 de 2017³¹ y en nuestros precedentes horizontales, como son los fallos con radicados 54-518-22-08-002-2019-0005-00, 54-518-22-08-003-2017-00017-00 y 54-518-31-84-001-2020-00021-01.

CASO CONCRETO

1.- Cribados los argumentaciones expuestos por los sujetos procesales y los derivadas del avance del trámite, se precisa la materia objeto de la controversia en que la accionante LUZ MARY DÍAZ GARCÍA se postuló y agotó todas las etapas de la convocatoria 433 de 2016 para proveer el cargo de profesional especializado código 2028 grado 17 en el ICBF radicado en la ciudad de Pamplona, Norte de Santander, la cual culminó satisfactoriamente (y sin que en esta acción nada se le reproche), con la lista de elegibles elaborada por el CNSC mediante Resolución 595 de 21 de mayo de 2018 en la que se ubicó en segundo lugar³², lo que arrojó el

³¹ "En el caso concreto, la Sala considera que debe analizarse la procedencia de la tutela como mecanismo definitivo de protección, toda vez que en el proceso de selección para ocupar el cargo de dragonante y de ascensos del INPEC que ya cuenta con lista de elegibles, i) las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces³¹ para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes³¹ y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo³¹, es decir, se necesita una acción de protección inmediata³¹; y, ii) se trata de un acto administrativo a través del cual se establecen criterios sobre los resultados de la prueba médica de los aspirantes, viéndose posiblemente lesionado derechos fundamentales de aquellos, al concurso de mérito."

³² Folio 17.

nombramiento en tal empleo a quien ocupó el primer lugar (y único ofertado), mediante Resolución 7895 de 2018 del ICBF³³, quien efectivamente se posesionó el 11 de septiembre de 2018³⁴.

2.- Así, la pretensión de la Accionante se especifica en que, saturada por otra persona la pretensión laboral inicial que motivó su inscripción en la convocatoria, se le ampare el derecho a postularse a un cargo homólogo en el ICBF en tanto que integrante de la lista de elegibles fruto de un concurso de méritos.

3.- En auxilio de su pretensión expone que en la resolución CNSC 0595/18, misma en la que se nombró a la primera de su lista, consignó tal derecho en su numeral cuarto³⁵, aunque fue revocada por la Resolución CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, por ser incompatible con la sentencia SU 446 de 2011 de la Corte Constitucional, el Decreto 1894 de 11 de septiembre de 2012 y el Acuerdo 20161000001376 (marco de la plurimencionada convocatoria).

4.- Argumento estelar de la Accionante es que la irrupción del artículo 6 de la Ley 1960 de junio 27 de 2019 (que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004)³⁶, reflató la posibilidad de reuso de su lista de elegibles.

5.- Sin embargo, se estableció en esta actuación que el *“criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”* emitido por la CNSC (acto que se ha identificado como el presuntamente lesivo de los derechos fundamentales de la Accionante), en sesión de 16 de enero de 2020 diluyó tal posibilidad, en la medida en que asimiló los “cargos equivalentes”, útiles para cubrir las vacantes definitivas surgidas con posterioridad a la convocatoria mencionados en tal Ley, sólo a aquellos que comparten el mismo código OPEC.

De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes

³³ Folio 193.

³⁴ Folio 199.

³⁵ *“ARTICULO CUARTO.- Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de méritos para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados”.*

³⁶ *4.- Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.*

de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir las vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los **“mismos empleos”**; **entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación, básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con el número de OPEC**³⁷.

*Negrilla y subrayado fuera de texto.

Como NO EXISTE OTRO CARGO CON EL MISMO CODIGO OPEC, especialmente por la diferencia en su ubicación geográfica con las otras vacantes, actualmente la Accionante no cuenta con la posibilidad de acceder a las definitivas para el cargo al que concurso (profesional especializado código 2028 grado 17).

6.- En profuso y expreso desarrollo jurisprudencial, nuestra Corte Constitucional ha planteado y ratificado la relevancia y trascendencia que el principio del mérito tiene en nuestra Carta Política y en la fórmula del Estado Social de Derecho. En sentencia C 046 de 2018 el artículo 125 superior que la entroniza, fue desglosado así por la Corte Constitucional:

El alcance de este artículo ha sido examinado y desarrollado ampliamente en la jurisprudencia constitucional, la cual ha dicho que la carrera administrativa es un eje axial del Estado Social de Derecho y que tal garantía se erige sobre tres elementos determinantes: (i) el mérito; (ii) el concurso de méritos; y (iii) la igualdad de oportunidades para dar plena efectividad a los fines estatales al mismo tiempo que asegura los derechos fundamentales de las personas como la igualdad, el acceso a cargos públicos y la participación. Así pues, de la norma Superior se desprenden cuatro pilares fundamentales que pueden entrecruzarse de su literalidad, estos son: (i) la carrera administrativa como regla general para asegurar el principio del mérito en la función pública; (ii) el concurso de méritos como mecanismo de garantía del mérito; (iii) la potestad de configuración del Legislador en este ámbito; y (iv) la posibilidad de una estructura de la función pública con cargos de libre nombramiento y remoción, elección popular, oficiales y los demás determinados en la ley, como excepciones a la regla general. Dichos elementos se interrelacionan en el desarrollo de la función pública, por lo que deben observarse de forma holística desde los demás preceptos constitucionales aplicables a la materia.

En precedente pronunciamiento había expresado la misma Corporación:

La carrera es considerada un **principio constitucional, definitorio en la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho** desde tres criterios: **(i)** El carácter histórico, con el cual se indica que

³⁷ Folio 25 y ss.

a través de la historia del constitucionalismo colombiano han sido formuladas diversas reformas constitucionales y legales tendientes a hacer prevalecer el sistema de carrera como la vía por excelencia para acceder al servicio público y de esa manera eliminar prácticas clientelistas, de “amiguismo” o nepotismo, basadas en la función pública y en generar que se acceda a los cargos estatales equitativa y transparentemente realizando una valoración del mérito de los aspirantes. (ii) El segundo criterio es conceptual y hace referencia a que la carrera debe ser entendida como un principio constitucional que cumple con dos objetivos: (i) ser el estándar y método por excelencia para ingresar al servicio público y; (ii) generar una fórmula de interpretación de las reglas relativas al acceso a cargos del Estado que deben comprenderse a tal punto que cumplan los requisitos y finalidades de la carrera, especialmente el acceso de acuerdo al mérito de los aspirantes. (iii) El último criterio es teleológico, por cuanto guarda una estrecha relación con las finalidades que tiene la carrera en el Estado constitucional. Por tal motivo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que al interpretar armónicamente el contenido del artículo 125 C.P. con normas superiores lleva a concluir que el principio de carrera tiene una función articuladora de diversos fines que cuentan con un reconocido valor para el ordenamiento constitucional³⁸.

Incluso, la Corte Constitucional no ha sido ajena a la utilidad de la herramienta para erradicar deplorables prácticas que afligen a la Nación. En sentencia T 180 de 2015 refirió:

El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.

En el mismo sentido, la sentencia T 604 de 2013 señaló que es un “*Principio constitucional de obligatorio cumplimiento para ingreso, ascenso y retiro de empleo público*”, y añadió:

Los sistemas de ingreso basados en el mérito tienen como objeto garantizar la permanencia de los empleados y funcionarios en los cargos públicos del Estado y el acceso de los ciudadanos a la administración de acuerdo a sus cualidades, talentos y capacidades. Así mismo, constituye plena garantía que consolida el principio de igualdad, en la medida en que propende por eliminar las prácticas de acceso a la función pública basadas en criterios partidistas, los cuales han sido imperantes en nuestro país a lo largo de toda su historia.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C 034 de 2015.

7.- Fijada la preeminencia del principio de carrera, corresponde a esta Corporación determinar el impacto y relevancia constitucional que la Ley 1960 de 2019 pudo tener en la convocatoria 433 ICBF.

8.- Si bien la *ratio decidendi* de la sentencia SU 446 de 2011 fue que las listas de elegibles sólo podían ser utilizados para proveer los cargos que hubiesen sido previa y expresamente ofertados³⁹, tal parámetro varió sustancialmente con la promulgación de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, pues le otorgó a las listas la utilidad de cubrir las “*las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso*”:

4.- Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos **se cubrirán** las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y **las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.**

9.- De esa manera, la argumentación de la CNSC ratificada en su respuesta a esta acción de 14 de mayo de 2020, ya no es que las vacantes sin ofertar en cada convocatoria no pueden proveer sus listas de elegibles (como lo hizo en la Resolución 785 de 22 de noviembre de 2018 y en el Criterio Unificado de agosto de 2019), sino la que consignó en el Criterio Unificado de enero de 2020, que determina que sólo las vacantes con el mismo OPEC pueden ser provistas con la lista de elegibles de la 433. Concluye el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020:

De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes

³⁹ “Es importante señalar, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: el de las plazas a proveer. El segundo, que durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar sólo las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. Por tanto, no se puede afirmar que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios constitucionales cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados. ¿Qué significa esta última función de la lista o registro de elegibles? Nada diverso a que las entidades públicas en cumplimiento del artículo 125 de la Constitución Política están obligadas a proveer únicamente las vacantes que se presenten en la respectiva entidad y que correspondan estrictamente a los cargos ofertados, respetando siempre el orden de su conformación. Cuando esta Corporación afirma que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia, se está refiriendo a los cargos objeto de la convocatoria y no a otros, pese a que estos últimos puedan tener la misma naturaleza e identidad de los ofrecidos. En otros términos, el acto administrativo en análisis tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los empleos que fueron objeto de concurso y no de otros. En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que le dio origen. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión. Se puede concluir, entonces, que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso”

de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir las vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “**mismos empleos**”; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación, básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con el número de OPEC⁴⁰.

*Negrilla en el original.

Tal postura es ratificada en la respuesta del CNSC al derecho de petición de la Accionante efectuada mediante oficio 20201020238471 de 27 de febrero de 2020:

Por consiguiente, para hacer el uso de las listas de Elegibles, la entidad deberá, en primer lugar, reportar la OPEC en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad el mérito y la oportunidad (SIMO) de conformidad con lo expuesto en la circular conjunta número 20191000000 117del 29 de julio de 2019 y elevar la solicitud de autorización del uso ante la CNSC mediante oficio

En virtud de lo anterior esta Comisión Nacional procederá a verificar las listas vigentes de la entidad que cumplan con las características de los empleos que requieran ser provistas y de encontrarlo procedente se autorizará el uso de las mismas, remitiendo el listado de los elegibles que por estricto orden de mérito les asista el derecho a ser nombrados en periodo de pruebas, razón por la cual, la entidad deberá apropiar y calcular el costo previsto para el uso de las listas de elegibles establecido en la Resolución número 0552 del 21 de marzo de 2014.

Por lo anteriormente expuesto, se le informa que hasta el momento no existe solicitud de uso de lista de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado **número 38694**⁴¹.

*Negrilla en el original Subrayado fuera de texto.

10.- Mediante oficio 20201210000004751 de 25 de febrero de 2020, el ICBF respondió derecho de petición a la Accionante, ratificando que sí se utilizarían las listas de elegibles de la convocatoria 433, pero bajo el entendido que se haría merced al código OPEC:

De lo anterior se colige, que el ICBF no debe ni puede hacer uso de la lista elegibles para proveer empleos similares o equivalentes, pues eso sólo es posible para los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, y la convocatoria 433 de 2016 adelantada por la CNSC para proveer las 2470 vacantes definitivas del ICBF inició con la firma del acuerdo número 20161000001376 de fecha 5 de septiembre de 2016.

⁴⁰ Folio 25 y ss.

⁴¹ Folio 53.

Con fundamento en lo anterior, **es claro que los empleos con los que se hará el uso de la lista de elegibles, son aquellos que cumplen con los criterios de: *mismos empleos entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.***

De ahí que para realizar la provisión de las vacantes definitivas de acuerdo con el Criterio Unificado de fecha 16 de enero 2020, el primer filtro que realizará el ICBF obedece a la UBICACIÓN GEOGRÁFICA seguido de los criterios anteriormente señalados, por lo que no es viable hacer uso de listas para ubicación geográfica DIFERENTE a la señalada en la correspondiente OPEC de la que usted participó⁴².

*Negrilla fuera de texto.

Tal postura fue ratificada en respuesta a esta acción por el ICBF:

con base en esa directriz, toda vez que para el empleo Profesional Especializado Código 2028, Grado 17 OPEC 38694 ofertado dentro de la convocatoria 433 de 2016 no existen vacantes en la ubicación geográfica Regional Norte de Santander- Pamplona, para la cual participó la señora LUZ MARÍA DÍAZ GARCÍA y hace parte de la lista de elegibles, NO existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC.⁴³

(...)

Es importante reiterar que el empleo debe coincidir en su totalidad con cada uno de los criterios de *igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, UBICACIÓN GEOGRÁFICA y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.*” señalados por la comanda CNSC en el Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020⁴⁴.

*Subrayado en el original

11.- Ahora bien, a pesar que para esta Corporación, tal cual se reseñó, tanto el Criterio Unificado CNSC de enero de 2020 como las respuestas a los derechos de petición a esta tutela por las Accionadas implican el reconocimiento tácito de que la Ley 1960 gobierna la convocatoria 433 (aunque en estricta consideración a la OPEC), campea tal incógnita en las piezas arrimadas a la actuación, por lo que se justifica realizar una breve digresión sobre el punto.

⁴² Folio 51 y ss.

⁴³ Folio 95.

⁴⁴ Folio 97.

12.- El primer parámetro de solución de este interrogante, la aplicabilidad de la Ley 1960 a la convocatoria de marras, es el elegido por la CNSC, quien en su Criterio Unificador de enero de 2020 mencionó que en virtud del “principio” de ultraactividad de la ley 909 la convocatoria ICBF 433 continuara rigiéndose por las normas vigentes al momento de su aprobación (si bien ello no fue consignado en el norte jurídico consolidado en tal instrumento)

Para el efecto, trajo a colación la sentencia C 763 de la Corte Constitucional que en el extracto íntegro señala:

La ultraactividad de la ley es un problema de aplicación de la ley en el tiempo y esta íntimamente ligada al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración. Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio "Tempus regit actus", que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultraactividad de las normas, que son normas derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc.

13.- Ahora, es la ultraactividad una de las formas como el derecho lidia con el problema de la vigencia de las leyes en el tiempo, siendo el de la aplicación inmediata otra de ellas, al cual apeló tácitamente un homólogo de esta Corporación para afirmar que la Ley 1960 gobierna el actual estado de la convocatoria de marras⁴⁵:

TRANSITO DE LEGISLACION-Efectos/LEY-Situación jurídica extinguida/LEY-Situación jurídica en curso

Las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata. La aplicación o

⁴⁵ “Así las cosas, no es cierto como lo pregonan las entidades accionadas que la aplicación de la ley citada sería retroactiva, pues ella en su enunciado expresamente señala que las listas de elegibles aplican para cargos que incluso se creen con posterioridad a la convocatoria, situación fáctica que encaja plenamente en la de la actora y que la hace aplicable al encontrarse para el momento de la expedición de la ley la lista de elegibles de que es parte vigente y existir 49 cargos surtidos en provisionalidad, siendo exactamente iguales a aquel para el cual ya fue convocada y superó el concurso de méritos”. Radicado 7600 13333 02120 19000 23401, Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, sentencia de 18 de noviembre de 2019

efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos.

(...)

LEY PROCESAL-Transito y efectos/PROCESO-Situación jurídica en curso/LEY PROCESAL-Transito frente a situación jurídica en curso

Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. Todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme⁴⁶.

Si bien la ley 1960 señaló que entraba en vigencia desde su promulgación (27 de junio de 2019), refirió que la lista de elegibles se aplicaría a las vacantes *“que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”*, y en ese orden, surgiría la incógnita de si la norma puede incidir en convocatorias aprobadas antes, como la ICBF 433.

No debe olvidarse que el concurso de méritos es un proceso con varias fases, siendo la última (y una de las principales por ser su objeto), la de que con la lista de elegibles *“y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”*, siendo ésta precisamente la modificación introducida al numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 *“Etapas del proceso de selección o concurso”* por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

En esa medida, no puede considerarse que la emisión de la lista de elegibles petrifica el concurso, y al contrario, ingresa en su periodo de mayor dinamismo, pues la lista continúa proyectándose en el tiempo, y mientras el registro conserve su vigencia, como es aquí el caso, desplegando efectos jurídicos.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C 619 de 2001.

Al no haber habido una situación jurídica consolidada, no puede afirmarse por ende que la Ley 1960 no podía aplicarse a la convocatoria 433.

Adicionalmente, como lo ha señalado la Corte Constitucional, el artículo 125 de la Constitución Nacional introduce un criterio de interpretación legal que aboga decididamente por la plena eficacia de las normas de carrera administrativa:

5. El segundo criterio es de carácter *conceptual* y refiere al entendimiento de la carrera administrativa como un **principio constitucional**. Al respecto debe partirse de considerar que otorgar a una materia en particular la condición de “principio” no solo tiene una consecuencia categorial, esto es, ubicarla como uno de los pilares en que sustenta el ordenamiento superior, sino que **también conlleva particulares funciones hermenéuticas**. Como lo ha señalado la Corte en fallos anteriores,^[10] el principio de la carrera administrativa cumple el doble objetivo de (i) servir de estándar y método preferente para el ingreso al servicio público y; (ii) **conformar una fórmula interpretativa de las reglas que versen sobre el acceso a los cargos del Estado, las cuales deberán comprenderse de manera tal que cumplan con los requisitos y finalidades de la carrera administrativa, en especial el acceso basado en el mérito de los aspirantes. En términos de la jurisprudencia, “[e]s tal la importancia de la carrera administrativa en el ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991, que la Corte le ha reconocido el carácter de principio constitucional,^[11] bajo el entendimiento de que los principios “suponen una delimitación política y axiológica”, por cuya virtud se restringe “el espacio de interpretación”, son “de aplicación inmediata tanto para el legislador constitucional” y tienen un alcance normativo que no consiste “en la enunciación de ideales”, puesto que “su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser”^[12]. || Dada la categoría de principio constitucional que le corresponde, en la providencia citada la Corte concluyó que “en el estado social de derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional”⁴⁷.**

*Negrilla fuera de texto.

14.- O sea, si se considerase que existe un dilema sobre cuál de los dos criterios definiría la aplicabilidad de la ley 1960 en la convocatoria 433, si el de su efecto general inmediato o el de ultraactividad de sus predecesoras, considerando que éste implicaría la contracción del sistema de carrera (pues excluye el universo de

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C 533 de 2010.

cargos no OPEC), esta Corporación tiene que optar imperativamente por el del efecto general inmediato, no sólo porque se amolda mejor al trámite de una convocatoria, que es un proceso en sentido lato (segmentable, sucesivo, preclusivo y con efectos diferenciados para cada una de sus fases⁴⁸), sino primordialmente porque sirve mejor a la plenificación de los *“requisitos y finalidades”*⁴⁹ del principio constitucional de la carrera administrativa consignado en el artículo 125 Superior, que además, en su faceta de norte hermenéutico, orienta la debida interpretación legal.

En esa medida, debe considerarse que la Ley 1960 rige para la Convocatoria 433, y por ello, derogó los aspectos que le fueran contrarios en el Acuerdo CNSC 20161000001376 de 2016 que la convocó, y por ser además un parámetro obligatorio para su ejecución, su inobservancia afrenta el derecho fundamental al debido proceso.

15.- Como se relacionó anteriormente, en su Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, la CNSC asimiló el concepto de *“cargo equivalente no convocado”* señalado en la Ley 1960, con la OPEC, Oferta Pública de Empleos de Carrera.

La OPEC está integrada por la *“información correspondiente al nivel, la denominación, el grado y la asignación salarial de cada empleo, el propósito y las funciones del empleo, los requisitos de estudio, experiencia y las alternativas; la dependencia, el municipio donde se ubica el cargo y el número de vacantes del empleo a proveer”*⁵⁰.

Haciendo eco del Criterio Unificado de la CNSC, el ICBF expuso la asimilación del empleo equivalente por la OPEC, haciendo énfasis en la ubicación territorial del cargo:

⁴⁸ *“Se deben surtir para el acceso a todos los cargos que se encuentran basados en el mérito las siguientes etapas: (i) La convocatoria: fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; (ii) Reclutamiento: En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; (iii) Aplicación de pruebas e instrumentos de selección: a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física. Y por último (iv) la elaboración de lista de elegibles: en esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido”.* Corte Constitucional, sentencia T 604 de 2013.

⁴⁹ *“La carrera administrativa constituye un principio del ordenamiento superior y del Estado Social de Derecho con los siguientes objetivos: (i) realizar la función administrativa (art. 209 superior) que está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (ii) cumplir con los fines esenciales del Estado (art. 2 constitucional) como lo son el servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, (iii) garantizar el derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40-7 de la Constitución), (iv) proteger el derecho a la igualdad (art. 13 de la Carta), y (v) salvaguardar los principios mínimos fundamentales de la relación laboral contemplados en el artículo 53 de la Carta”.* Corte Constitucional, sentencia C 288 de 2014.

⁵⁰ <https://grupoguard.com/co/ayuda/convocatorias/opec/>

La OPEC, según definición de la CNSC es el “*listado donde se encuentran las vacantes definitivas que requieren cubrir una entidad el cual se consolida basándose en los manuales de funciones y competencias laborales de los empleos que conforman la planta de personal*”. Así las cosas, la OPEC es la lista de vacantes a proveer en el marco de una determinada convocatoria, y con respecto a la OPEC 38694 se estableció que correspondía a una vacante en la Regional Norte de Santander- Pamplona, tal y como se informó en el momento de la convocatoria

Al punto, resulta evidente que uno de los factores para tener en cuenta para los ciudadanos que se inscriben una convocatoria, es el número de vacantes que se ofrecen y su ubicación, las cuales se determinan de manera precisa en la OPEC. En un establecimiento del orden nacional como el ICBF que tiene miles de cargos a lo largo del país, se hizo un estudio geográfico de distribución con base en el cual se proyectó en la respectiva para la Regional Norte de Santander-Pamplona aspecto que no puede ser desconocido en el presente asunto⁵¹.

Valga anotar que la asimilación de la equivalencia de cargos al OPEC es de reciente invención por la CNSC, pues incluso en el Criterio Unificado de 1 de agosto de 2019 (que también abordó la incidencia de la Ley 1960 en los trámites meritorios que la precedieron y la sucederán), el cual fue derogado por el de 16 de enero de 2020, ni siquiera se mencionó ese criterio.

Tal asimilación, la de “empleo equivalente” con la OPEC, ostenta dos dificultades, una jurídica y una práctica.

En cuanto a lo jurídico, debe atenderse que el Decreto 1083 de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*”, definió “empleo equivalente” en los siguientes términos:

ARTÍCULO 2.2.11.2.3 Empleos equivalentes. Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.

Nótese cómo la definición legal es más estrecha que la insertada en el Criterio Unificado, pues la de éste añade criterios como “nivel”, “asignación salarial” idéntica,

⁵¹ Folio 86.

“propósito”, “dependencia”, “municipio donde se ubica el cargo” y “número de vacantes del empleo a proveer”, lo que implica un abierto desafío al criterio hermenéutico consignado en el artículo 28 del Código Civil que dispone que *“Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”*. (Negrilla fuera de texto).

En el aspecto concreto, debe considerarse que el propósito de la Ley 1960 fue ordenar la utilización de las listas existentes para proveer las *“vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”*, o sea, reglamentar que las plazas que no estaban disponibles para el inicio de la convocatoria puedan ser provistas por el sistema de mérito; Por el contrario, la definición de la CNSC, al reducir la equivalencia de los cargos a su identidad OPEC que los detalla infinitesimalmente (considerando incluso su ubicación territorial o su “propósito”), amplifica considerablemente una restricción, lo cual es contrario a la vocación expansiva del sistema de carrera.

De otro lado, la visión de “equivalencia del cargo OPEC”, implicaría que el artículo 6 de la Ley 1960 reduciría dramáticamente su efecto práctico, pues quien concursara para un cargo pero no se posiciona dentro del número de vacantes, sólo podría optar por el mismo cargo, prerrogativa con la que de todas maneras cuenta por el hecho mismo de integrar la lista.

Además, gramaticalmente “equivalencia”, en un sentido eficaz para el concurso de méritos, implica *“Igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas o personas”*⁵², teniendo por “igual” *“que tiene las mismas características que otra persona o cosa en algún aspecto o en todos”* y *“muy parecido o semejante”*⁵³, o sea, una relación basada en similitud parcial, mientras que la definición OPEC implica considerar como equivalente sólo lo que es idéntico.

En ese orden de ideas, la interpretación efectuada por la CNSC de que los cargos equivalentes sólo son los que comparten el mismo código OPEC es

⁵² <https://dle.rae.es/equivalencia>

⁵³ <https://dle.rae.es/igual?m=form>. Negrilla fuera de texto.

constitucionalmente inadmisibles, y por ello, no es un argumento atendible para negar el derecho reclamado por la Accionante.

Con base en las anteriores consideraciones, es claro que el Concepto Unificado de enero de 2020 es ostensiblemente inconstitucional, en la medida en que desafía flagrantemente el artículo 125 de la Constitución Nacional, no sólo en el espíritu que a éste alienta (la carrera administrativa como regla general y el ingreso y permanencia exclusivamente basado en el través del mérito), sino además por cuanto no consideró tal precepto como un referente hermenéutico, pues de haberlo hecho, habría utilizado la existente definición de “empleo equivalente” del Decreto 1083 de 2015, que amplifica el radio de acción de la carrera administrativa, en vez de concebir una restricción más amplia, que detalla la similitud de cargos hasta recortar ostensiblemente la posibilidad de que las listas puedan ser reutilizadas.

En ese orden de ideas, esta Corporación hará uso de la excepción de inconstitucionalidad⁵⁴ consignada en el artículo 4 de la Constitución Política, e inaplicará para el caso el “*criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”*”.

16.- En cuanto al argumento de inaplicabilidad de la Ley 1960 de 2019 a la convocatoria 433 ICBF por no haberse “*estructurado considerando el posible uso que pueda hacerse de las listas de elegibles para proveer las vacantes*”, debe recordarse que las Resoluciones que consignaron las listas de elegibles de esa convocatoria ya contemplaban tal posibilidad, aunque hubiesen sido revocadas masivamente por medio de la Resolución 20182230156785 de 22 de noviembre de 2018.

Adicionalmente, de tiempo atrás la jurisprudencia constitucional había introducido el de reedición de las listas de elegibles:

En resumen, en virtud de la normativa analizada, para determinar la utilización de la lista de elegibles por empleo de la entidad solicitante o del Banco Nacional de Listas de Elegibles, por parte de la CNSC,

⁵⁴ “La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”. Corte Constitucional, sentencia SU 132 de 2013.

para una entidad que reporte una vacancia definitiva, es necesario que el empleo que requiere de provisión sea equivalente al empleo que cuenta con lista de elegibles, y que el elegible cumpla con los requisitos del empleo a proveer; situación que certificará la CNSC, a través del Estudio Técnico de equivalencias.

Igualmente, partiendo de un análisis de las normas administrativas reguladoras de la convocatoria, en conjunto con la jurisprudencia que se ha desarrollado a partir de la Sentencia C-319 de 2010, la solicitud de la autorización del uso de listas de elegibles deriva en una obligación para la entidad respectiva, y no en una mera facultad, ya que en aras de garantizar la prevalencia de los méritos como forma de proveer cargos de carrera administrativa, la entidad nominadora se encuentra abocada a elevar tal solicitud y será la CNSC quien conforme a las normas de la convocatoria a partir del estudio técnico que adelante establezca la equivalencia para proveer el empleo⁵⁵.

De esa manera, en la Resolución 0595 de 2018 no sólo se contempló expresamente que las listas de elegibles servirían para proveer empleos equivalentes para la convocatoria 433, sino que, tal cual lo señala la jurisprudencia citada, tal utilidad está implícita en el concurso de méritos, por lo que nada obsta para que así pueda ser ordenado.

17.- Con relación a la extensión de esta decisión, debe señalarse que la posibilidad de emitir una decisión *inter comunis* (al margen del análisis de si esta Corporación tiene competencia para ello), impone los siguientes requisitos:

No obstante, en aras de discusión, si se llegare a decir que se producen efectos *inter comunis*, pese a que por regla general los fallos de la Corte Constitucional en sede de tutela producen efectos *inter partes*, esta Corporación con el fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución y particularmente para proteger el derecho a la igualdad, ha admitido extender los efectos de sus decisiones en sede de tutela, otorgándole efectos *inter comunis*, cuando sea estrictamente necesario evitar la repetición de violaciones de los derechos tutelados.

Al respecto en la Sentencia SU-1023 de 2001, esta Corporación desarrolló las razones que justifican la extensión de los efectos a los fallos de tutela. En dicha oportunidad indicó:

“Existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Este supuesto se presenta cuando la protección de derechos fundamentales de los peticionarios atente contra derechos fundamentales de los no tutelantes. Como la tutela no puede

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia T 112 A de 2014.

*contrariar su naturaleza y razón de ser y transformarse en mecanismo de vulneración de derechos fundamentales, dispone también de la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos igualmente fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial, **siempre que frente al accionado se encuentren en condiciones comunes a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercute, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes.***

*En otras palabras, hay eventos excepcionales en los cuales **los límites de la vulneración deben fijarse en consideración tanto del derecho fundamental del tutelante como del derecho fundamental de quienes no han acudido a la tutela, siempre y cuando se evidencie la necesidad de evitar que la protección de derechos fundamentales del accionante se realice paradójicamente en detrimento de derechos igualmente fundamentales de terceros que se encuentran en condiciones comunes a las de aquel frente a la autoridad o particular accionado.***⁵⁶

*Negrilla fuera de texto.

Por ende, el ejercicio radica en identificar a quienes encontrándose en “condiciones comunes” con la Accionante”, puedan resultar perjudicados con el amparo de sus derechos.

El ICBF planteó en su contestación a la acción que hay una “inescindibilidad de la Ley 1960 y concurso de ascenso”, la cual “debe aplicarse en su integralidad, esto es (i) garantizando que los empleados de carrera administrativa accedan a concursos de ascenso respecto al 30% de las vacantes proceso que deberá regular la CNSC y (ii) con la provisión de las vacantes haciendo uso de la lista de elegibles vigentes respecto del 70% de esas vacantes”⁵⁷.

Al respecto, cabe resaltar que la Ley 1960 es aplicable a la convocatoria 433, recordando que fue promulgada posteriormente, en función de las vacantes que “surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”, mientras que la previsión del concurso de ascenso implica, ese sí, su estructuración como tal desde el comienzo, según lo señalado en su artículo 29, numeral 3, inciso 3 de la misma Ley:

Si en el desarrollo del concurso de ascenso **no se inscribe** un número igual de servidores con derechos de carrera por empleo convocado, el concurso se declarará desierto y la provisión de los cargos

⁵⁶ Corte Constitucional, Auto 273 de 2013.

⁵⁷ Folio 99.

se realizará mediante concurso de ingreso abierto. Quienes se hayan inscrito inicialmente para el concurso de ascenso continuaran en el concurso abierto de ingresos sin requerir una nueva inscripción.

Así, es evidente que la provisión de vacantes por equivalencia en la Convocatoria 433 regida por el Acuerdo 20161000001376 de 5 de septiembre de 2016⁵⁸ no vulnera derecho alguno a los funcionarios de carrera que eventualmente pretenderán ascender, por cuanto en ella no se inscribió ninguno como tal.

Adicionalmente, considerando que la fuente de la precisa vulneración de los derechos de la Accionante se ubicó en el Criterio Unificado CNSC de 16 de enero de 2019 que al asimilar la equivalencia de cargos al “número de OPEC” cercenó la posibilidad de que los aspirantes incluidos en las listas de elegibles de la convocatoria 433 pudieran reconsiderarse en nuevas vacantes, debe entenderse que esta decisión no afectan los derechos de ninguno de ellos, pues al haberse ya negado a todos, en nada les perjudica que se conceda a uno de ellos.

Tampoco puede entenderse que quienes ostentan cargos de carrera en provisionalidad pueden ser considerados para extender los efectos de la sentencia a la modalidad *inter comunis*, en la medida en que la terminación de su relación es un efecto legítimo de la provisión de empleos por el sistema de mérito⁵⁹.

Finalmente, esta Corporación concluye que no se cumplen las “*condiciones comunes*” que exige la jurisprudencia constitucional para extender los efectos de este fallo, en la medida en que la situación personal de la Accionante y su ejercicio concreto y oportuno de atribuciones de índole administrativa fueron puntales de la decisión, y tales aspectos no le pueden constar respecto del abigarrado grupo humano que concurso con Ella.

En ese orden de ideas, esta decisión conservará la regla general del efecto *inter partes*.

18.- Dado que el trámite de nombramiento de un funcionario en carrera es complejo, pues en él confluyen diversas fases, actividades y autoridades, algunas de las

⁵⁸ Fólío 147 y ss.

⁵⁹ “Los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, tal y como lo ha reconocido esta corporación en reiterados pronunciamientos, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública”. Corte Constitucional, sentencia T 096 de 2018.

cuales no cuentan con un término legal, esta Corporación dará órdenes detalladas para dar cumplimiento al fallo.

Tales mandatos se desprenden del itinerario descrito por el ICBF en su respuesta a esta acción para el cumplimiento de la Ley 1960 de 2019⁶⁰ y se amoldarán a las circunstancias excepcionales del caso.

Así, se ordenará que en el plazo de 3 días contados a partir de la notificación de esta decisión, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 al que concursó LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO).

Acto seguido, de hallarlos, en el término de tres días hábiles contados a partir de realizado lo anterior, solicitará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de la lista de elegibles donde LUZ MARY DÍAZ GARCÍA ocupó el segundo lugar. La CNSC informará dentro de los tres días hábiles siguientes si LUZ MARY DÍAZ GARCÍA cumple los requisitos para el uso de su lista en los cargos que hayan sido identificados como equivalentes a aquel al que concursó, y definirá la tarifa que debe pagar el ICBF por tal uso. Dentro de los tres días hábiles siguientes de obtenido el concepto favorable, el ICBF expedirá el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta su uso, el cual enviará dentro de los tres días siguientes a la CNSC quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres días.

Una vez la CNSC realice tal actividad, el ICBF contará con tres días hábiles para informar a LUZ MARY DÍAZ GARCÍA las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una, para la cual ésta contará con diez días, elección con base en la cual el ICBF expedirá la respectiva resolución de nombramiento en periodo de prueba en un término de tres días, y a partir de allí se adelantarán los trámites de aceptación y posesión y demás necesarios para concretar el derecho,

⁶⁰ Folio 96.

de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015 y demás normas aplicables. Tal itinerario de sintetiza así:

RESPONSABLE/ ACCIÓN	TÉRMINO MÁXIMO
ICBF: Verifica planta global/actualiza SIMO	3 días
ICBF: Solicita a CNSC el uso de la lista de elegibles donde LUZ MARY DÍAZ GARCÍA	3 días
CNSC: Informa si LUZ MARY DÍAZ GARCÍA cumple requisitos/ define tarifa de uso	3 días
ICBF: Expide CDP	3 días
ICBF: Envío de CDP a CNSC	3 días
CNSC expide autorización de uso	3 días
ICBF informa a LUZ MARY DÍAZ GARCÍA las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una	3 días (a partir de comunicación de autorización de uso por la CNSC)
LUZ MARY DÍAZ GARCÍA informa vacante de su preferencia	10 días
ICBF expide resolución de nombramiento en periodo de prueba	3 días

En todo caso, la actuación globalmente considerada no podrá tener una duración mayor de 30 días, y para su cabal realización las Accionadas deberán actuar de manera coordinada y colaborativa, en función del principio consignado en el artículo 113 de la Constitución Nacional.

SOBRE EL DERECHO DE PETICIÓN.-

1.- El derecho fundamental de petición, está normado en el artículo 23 de la Constitución Política, el artículo 24 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y por la ley 1755 de 2015 y consiste en que *“toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución” (...)*

Entendiéndose satisfecha la respuesta al derecho de petición, cuando se cumplen los requisitos de: 1.- pronta su resolución, 2.- respuesta de fondo y 3.- notificación de la respuesta⁶¹.

En sentencias C-818 de 2011 y C-951 de 2014, nuestra Corte Constitucional indicó que:

“(ii) La respuesta de fondo hace referencia al deber que tienen las autoridades y los particulares de responder materialmente a las peticiones realizadas. Según esta Corte, para que no se vulnere el derecho fundamental de petición, la respuesta debe observar las siguientes condiciones: a) **claridad**, esto es que la misma sea inteligible y que contenga argumentos de fácil comprensión;

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia T-007 de 2017.

b) **precisión**, de manera que la respuesta atienda directamente a lo solicitado por el ciudadano y que se excluya toda información impertinente y que conlleve a respuestas evasivas o elusivas; c) **congruencia**, que hace referencia a que la respuesta esté conforme con lo solicitado; y por último, d) **consecuencia** en relación con el trámite dentro del cual la solicitud es presentada, “de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o *ex novo*, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente”.

2.- LUZ MARY DÍAZ GARCÍA presentó derecho de petición el 30 de enero de 2020 ante la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, si bien no existe prueba de haberse radicado dicha petición, así fue aceptado por las entidades accionadas, escrito que en el aparte respectivo solicita:

1. Se sirva informarme cuántas vacantes correspondientes al cargo PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 están pendientes de proveer en propiedad con base en las listas de elegibles existentes de la convocatoria 433 de 2016 y su ubicación geográfica, de conformidad con lo previsto en la ley 1960 de 2019, teniendo en cuenta que el mismo fue convocado a concurso y la lista se encuentra vigente.

2. Si dichas vacantes ya fueron ofertadas en la OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS.

3. Que se proceda con carácter urgente, dado que la vigencia de Las listas está por finalizar, a conformar la lista general de elegibles, para proceder a proveer las vacantes definitivas existentes respecto al cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 para el que concursé, dado que las vacantes territoriales ya fueron cubiertas, y enviarla a las respectivas seccionales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o en su lugar convocar a una audiencia pública con tal fin.

4. Ofertar las plazas que quedaron vacantes para proveer el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que fueron creadas mediante el decreto 1479 de 2017 y que conforme a la Ley 1960 de 2019 deben ser provistas con las listas vigentes, así como las que fueron ofertadas y no cubiertas por diferentes circunstancias, con el fin de quienes la conformamos, podamos optar por una de ellas, en las que deben incluirse las que fueron declaradas desiertas por esa Comisión mediante Resolución 20182230162005 del 4 de diciembre de 2018.

5. Que se proceda a efectuar el nombramiento de la suscrita en periodo de prueba en una de las vacantes del cargo PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 código 2028, en consideración a que participé y superé a cabalidad todas las etapas del concurso.

6. Si es el caso, se convoque a una audiencia de escogencia de las plazas vacantes⁶².

Petición a la que se dio respuesta por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR mediante oficio de fecha 25 de febrero de 2020⁶³, abordando el tema de la solicitud de nombramiento y los empleos equivalentes.

Respuesta que, verificada con los interrogantes planteados por la Accionante resulta incompleta, dado que se omitió dar respuesta a las dos primeras solicitudes, las que son claras e identificables, encontrándose una falta de respuesta de fondo por ausencia de precisión.

A su turno, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL dio respuesta al derecho de petición mediante oficio 20201020238471 del 27 de febrero de 2020⁶⁴, en el que indicó *“que si Usted no alcanzo el puntaje requerido para ocupar una de las posiciones meritorias en la lista de elegibles para proveer el empleo Nro. 38694, se encuentra por el momento en espera que se genere una vacante del mismo empleo durante la vigencia de la precitada lista, esto es, hasta el 5 de junio de 2020. (...) En lo concerniente, a las preguntas 1,2,3 y 4 su solicitud, la administración de la planta de personal, es competencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, por lo que deberá ser este el encargado de comunicarle la información frente a las vacantes definitivas que se generaron posteriormente al desarrollo de la Convocatoria Nro. 433 de 2016 y el estado en que se encuentran provistas“*

Frente al uso de lista de elegibles indicó el procedimiento para llegar a tal fin e informó que hasta ese momento no existía solicitud de uso de lista de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado No. 38694.

Respuesta que resuelve lo solicitado por la Accionante al haberse dado respuesta a todos los interrogantes, independientemente de no haber sido positiva para lo pretendido.

⁶² Folio 28 y ss.

⁶³ Folio 49 y ss.

⁶⁴ Folio 53 y ss.

Dadas las anteriores consideraciones, también se revocará el numeral segundo del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Civil Laboral del Circuito de Pamplona, y en su lugar, se TUTELARÁ el derecho fundamental de petición de la accionante LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, en atención a que la respuesta dada por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR no resolvió de fondo y de manera completa y congruente la petición de la accionante.

En mérito de lo expuesto, la SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Civil Laboral del Circuito de Pamplona el 20 de mayo de 2020, y en su lugar tutelar los derechos fundamentales de petición, debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos por el sistema de méritos, conforme la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional el *“criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”*, emanado de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020.

TERCERO: ORDENAR que en el plazo de 3 días contados a partir de la notificación de esta decisión, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 al que concursó LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO).

Acto seguido, de hallarlos, en el término de tres días hábiles contados a partir de realizado lo anterior, solicitará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de la lista de elegibles donde LUZ MARY DÍAZ GARCÍA ocupó el segundo lugar.

La CNSC informará dentro de los tres días hábiles siguientes si LUZ MARY DÍAZ GARCÍA cumple los requisitos para el uso de su lista en los cargos que hayan sido identificados como equivalentes a aquel al que concursó, y definirá la tarifa que debe pagar el ICBF por tal uso. Dentro de los tres días hábiles siguientes de obtenido el concepto favorable, el ICBF expedirá el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta su uso, el cual enviará dentro de los tres días siguientes a la CNSC quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres días.

Una vez la CNSC realice tal actividad, el ICBF contará con tres días hábiles para informar a LUZ MARY DÍAZ GARCÍA las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una, para la cual ésta contará con diez días, elección con base en la cual el ICBF expedirá la respectiva resolución de nombramiento en periodo de prueba en un término de tres días, y a partir de allí se adelantarán los trámites de aceptación y posesión y demás necesarios para concretar el derecho, de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015 y demás normas aplicables. Tal itinerario de sintetiza así:

RESPONSABLE/ ACCIÓN	TÉRMINO MÁXIMO
ICBF: Verifica planta global/actualiza SIMO	3 días
ICBF: Solicita a CNSC el uso de la lista de elegibles donde LUZ MARY DÍAZ GARCÍA	3 días
CNSC: Informa si LUZ MARY DÍAZ GARCÍA cumple requisitos/ define tarifa de uso	3 días
ICBF: Expide CDP	3 días
ICBF: Envío de CDP a CNSC	3 días
CNSC expide autorización de uso	3 días
ICBF informa a LUZ MARY DÍAZ GARCÍA las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una	3 días (a partir de comunicación de autorización de uso por la CNSC)
LUZ MARY DÍAZ GARCÍA Informa vacante de su preferencia	10 días
ICBF expide resolución de nombramiento en periodo de prueba	3 días

En todo caso, la actuación globalmente considerada no podrá tener una duración mayor de 30 días, y para su cabal realización las Accionadas deberán actuar de manera coordinada y colaborativa, en función del principio consignado en el artículo 113 de la Constitución Nacional.

CUARTO: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas posteriores a la notificación de la presente decisión, proceda, según su competencia, a dar respuesta de fondo y

congruente con lo pedido en los numerales primero y segundo del derecho de petición de fecha 30 de enero de 2020 radicado por LUZ MARY DÍAZ GARCÍA.

QUINTO: COMUNICAR lo decidido a los interesados, de la forma prevista por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, **PUBLICAR** en la página *web* de dichas entidades la presente decisión, con el fin de notificar a los terceros interesados y vinculados.

SÉPTIMO: REMITIR la actuación procesal a la Corte Constitucional para su eventual revisión una vez se dé la instrucción al respecto.

La presente decisión fue discutida y aprobada en sala virtual el treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Magistrado



JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

Magistrado



JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ

Magistrado

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)
 Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia
 Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán
 Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA

Ibagué, catorce (14) de abril de dos mil veinte.

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01
Interno No: 00109 - 2020
Acción: DE TUTELA
Referencia: IMPUGNACIÓN DE SENTENCIA
Accionante: ALEXIS DÍAZ GONZÁLEZ- MARÍA CECILIA ARROYO
 RODRÍGUEZ- YENNIFER RUIZ GAITÁN
Accionado: COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL -INSTITUTO
 NACIONAL DE SERVICIO CIVIL

Se resuelve la impugnación presentada por Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán contra la providencia del 26 de febrero de 2020, mediante la cual el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, niega las pretensiones de la acción presentada.

ANTECEDENTES

Las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, presentaron acción de tutela, la cual, mediante acta individual de reparto (fl. 1) le correspondió dar trámite a la misma al Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, contra la Comisión Nacional del Servicio Civil e Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que les sean amparados sus derechos fundamental a: el acceso a la carrera administrativa por meritocracia, Igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima. En consecuencia, solicitan se acceda a las siguientes:

Pretensiones principales:

Las actoras en el escrito de tutela solicitan:

PRIMERO: Se ampare el derecho fundamental al acceso a la carrera administrativa por meritocracia (artículo 40 numeral 7 y artículo 125 constitucional), Igualdad (artículo 13 constitucional), trabajo en condiciones dignas (artículo 25 constitucional), debido proceso (artículo 29 constitucional) y confianza legítima.

SEGUNDO: Se ordene a la CNSC y al ICBF que, en el término de 48 horas siguientes al fallo de tutela, realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenado en el artículo 6° de la ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use en estricto orden de mérito, la lista de elegibles que se conformó en

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)
 Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia
 Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán
 Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

la resolución CNSC - 20182230073855 del 18 de julio de 2018, código OPEC Nro. 34795, en el cargo de carrera denominado DEFENSOR DE FAMILIA, código 2125, grado 17, de Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, convocatoria 433 de 2016, para que nombren en periodo de prueba a las actoras, en 3 de las 4 vacantes definitivas que se encuentran provistas en provisionalidad en la ciudad de Ibagué, mediante resoluciones Nro. 0773 del 2018 y Nro. 0907 del 2017.

Pretensiones subsidiarias.

PRIMERO: Se ampare el derecho fundamental al acceso a la carrera administrativa por meritocracia (artículo 40 numeral 7 y artículo 125 constitucional), Igualdad (artículo 13 constitucional), trabajo en condiciones dignas (artículo 25 constitucional), debido proceso (artículo 29 constitucional) y confianza legítima.

SEGUNDO: Que, en concordancia con la pretensión anterior, se suspenda la vigencia del artículo 5° de la resolución CNSC - 20182230073855 del 18 de julio de 2018, que reza:

ARTÍCULO QUINTO: La lista de elegibles conformada a través del presente Acto Administrativo tendrá una vigencia de dos años contados a partir a partir de la fecha de su firmeza, conforme a lo establecido en el artículo 64 del Acuerdo 20161000001376 de 2016, en concordancia con el numeral 4° del artículo 31 de la ley 909 de 2004.

Y así no se cause un perjuicio irremediable por la posible mora en el autodenominado estudio y actividades administrativas y financieras que pregona el ICBF a través de respuesta a derecho de petición del 31 de enero de 2020.

TERCERO: Se le indique límites en tiempo al ICBF y a la CNSC para realizar los trámites administrativos y financieros, en especial que el tiempo no sea superior a la vigencia de las listas de elegibles.

Fundamentos fácticos.

Las accionantes expresaron como hechos los siguientes:

PRIMERO: La CNSC en compañía del ICBF lanzó la convocatoria Nro. 433 de 2016, en la cual las actoras participaron para la OPEC Nro. 34795.

SEGUNDO: Como resultado del proceso de selección, las actoras ostentaron las posiciones Nro. 26, 28 y 29, de acuerdo al orden establecido en la resolución CNSC - 20182230073855 del 18 de julio de 2018, la cual se encuentra en firme desde el 31 de julio de 2018.

TERCERO: Los primeros 22 ciudadanos (hubo un empate en el puesto 15) fueron nombrados a través de la resolución 10345 del 17 de agosto de 2018, en estricto orden de mérito, sin embargo tres profesionales no continuaron con el proceso y por ello, la CNSC autorizó para que se utilizara la lista de elegibles para nombrar a los 3 participantes siguientes en la lista, es decir # 23, 24 y 25, los cuales ya fueron provistos mediante resoluciones 1204 de 2019, 2094 de 2019 y resolución 2095 de 2019.

CUARTO: Con los nombramientos realizados por el ICBF quedó claro que quienes continúan en estricto orden de mérito, son las actoras N° 26 Alexis Díaz González,

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)
Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia
Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán
Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

Nº 27 Arturo Torres Valencia (ausente en la petición), Nº 28 María Cecilia Arroyo y Nº 29 Yennifer Ruiz Gaitán, de la lista de elegibles de acuerdo a la recomposición de lista inmediata de que trata el artículo 63 de la resolución CNSC - 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016.

QUINTO: A través de derecho de petición, se solicitó al ICBF que informara si en la actualidad existían vacantes del empleo denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, del Sistema General De Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en la ciudad de Ibagué, a lo cual la Dirección de Gestión Humana informó que existían cuatro vacantes creadas con posterioridad a la convocatoria que se encontraban provistas en provisionalidad por los señores Horacio Trillos Pérez, Andrea del Rocío Arciniegas Forero, Yennifer Ruiz Gaitán y Roberto Salazar Fernández .

SEXTO: El 27 de junio de 2019, se sancionó la ley 1960 de 2019, la cual modificó la ley 909 de 2004 y el decreto ley 1567 de 1998, en esta el artículo 6º, modificó el numeral 4º del artículo 31 de la ley 909 de 2004, y dispuso que con la lista de elegibles y en estricto sentido de méritos, se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad.

SÉPTIMO: La CNSC, recientemente, mediante la expedición del criterio unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 2019”, con ponencia del comisionado Fridole Ballén Duque, señaló que las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, con igual denominación , código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

OCTAVO: Las vacantes definitivas referenciadas anteriormente, son los mismos empleos, de acuerdo con los preceptos y requisitos que señala la CNSC, pues se cumple con la igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.

NOVENO: Con base en el criterio de unificación, se elevó derecho de petición para realizar nombramiento ante el ICBF, quien a su vez respondió que no tenía conocimiento sobre el procedimiento a seguir y envió a la CNSC la solicitud, la cual dio como respuesta que las listas de elegibles deberán usarse durante su vigencia para proveer tanto las vacantes de los empleados que integran la Oferta de Empleos de Carrera- OPEC de la respectiva convocatoria, como las nuevas vacantes que se generen con posterioridad a la aprobación del acuerdo de convocatoria, siempre y cuando corresponda a los mismos empleos, y por consiguiente para hacer uso de la lista de elegibles la entidad deberá elevar solicitud de autorización de uso ante la CNSC.

DÉCIMO: Con fundamento en la respuesta emitida por el ICBF en la que se informó la existencia de 4 vacantes definitivas en la ciudad de Ibagué del mismo empleo denominado Defensor de Familia, código 2125 grado 17, y la respuesta enviada por la CNSC en la que se expone la unificación del criterio de uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960, el pasado 30 de enero del año en curso las accionantes elevaron un nuevo derecho de petición al ICBF solicitando que se emitiera un oficio a la CNSC, en el que se indique de manera expresa solicitud de autorización para el uso de la lista de elegibles contenida en la resolución CNSC - 20182230073855, para

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)
 Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia
 Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán
 Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

proveer a las accionantes tres de las cuatro vacantes de los empleos generados en la ciudad de Ibagué conforme al protocolo exigido por la CNSC, y posteriormente se emitirán los actos administrativos correspondientes para **terminar** los nombramientos provisionales y realizar los nombramientos de las actoras en periodo de prueba para el cargo de Defensor de Familia de la regional **Tolima**.

DÉCIMO PRIMERO: El 31 de enero del 2020 se emitió respuesta en la que el ICBF se limitó a señalar que iniciaría el estudio pertinente para identificar las vacantes que cumplieran con las características del empleo, y posteriormente se realizaría la solicitud de uso de las listas de elegibles a la CNSC.

DÉCIMO SEGUNDO: Las listas de elegibles tiene una vigencia corta en el tiempo, por lo cual, como ha señalado la Corte Constitucional en sentencia T-133-2016, ante la premura del tiempo, es procedente la acción de tutela en estos casos, superándose el requisito de subsidiaridad frente a un proceso contencioso administrativo demandado, según lo establece la CNSC en la página del banco de lista de elegibles, tiene vigencia hasta el día 30 de julio de 2020.

DÉCIMO TERCERO: Las actoras manifiestan que la omisión del ICBF de realizar los nombramientos, evidencia un acto violatorio a los derechos que solicitan tutelar, por cuanto aprobaron las diferentes etapas del concurso y se encuentran en la lista de elegibles y adicionalmente el ICBF mediante respuesta a derecho de petición **informó** sobre la existencia de 4 vacantes para el cargo al que participaron, no obstante se abstiene de llevar a cabo la gestión necesaria para el nombramiento, siendo evidente la dilación para conceder la pretensión, lo que conlleva a un perjuicio irremediable.

DÉCIMO CUARTO: Existen antecedentes jurisprudenciales respecto a solicitudes similares en las cuales se ordena al ICBF efectuar los trámites administrativos necesarios para nombrar y posesionar a los accionantes, como la sentencia de tutela de segunda instancia Nro. 686793333003-201900131-01 del Tribunal Administrativo de Santander y la sentencia de tutela de segunda instancia Nro. 760013333021-201900234-01.

Actuación procesal.

La solicitud de amparo constitucional fue presentada en la Oficina de Reparto de la Administración Judicial de Ibagué el día 14 de febrero de 2020; mediante auto del 17 de febrero de 2020 (fl. 35), el Juzgado Quinto Oral Administrativo del Circuito de Ibagué, avocó su conocimiento, se vinculó a las personas que conforman el registro de elegibles para proveer vacantes del empleo de carrera denominado Defensor de Familia, código 2125 ofertado mediante la convocatoria Nro. 433 de 2016 del ICBF- Código OPEC Nro. 34795, y a los señores Horacio Trillos Pérez, Andrea del Rocío Arciniegas Forero, Yennifer Ruiz Gaitán y Roberto Salazar Fernández quienes actualmente ejercen en provisionalidad los cargos en cita, y se requirió a las entidades accionadas y vinculados para que allegaran los informes donde **consten** los antecedentes de los hechos y pretensiones de que trata la presente acción de tutela.

Contestación.

Dentro del término de traslado concedido los vinculados Roberto Salazar Fernández, Andrea del Rocío Arciniegas Forero y Horacio Trillos Pérez, y la entidad

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)
 Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia
 Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán
 Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

accionada ICBF, se pronunciaron sobre los hechos y pretensiones de la acción, tal y como lo advierte la constancia secretarial.

Contestación vinculados - Roberto Salazar Fernández y Andrea del Rocío Arciniegas Forero (fls. 78- 93).

Se opusieron a todas y cada una de las pretensiones señalando que los cargos provistos en provisionalidad, no fueron objeto de la convocatoria No. 433 de 2016, y que conforme al principio de vigencia normativa no le es aplicable a la convocatoria en mención la ley 1960 de 2019, dado que la convocatoria es de 2016, la lista quedó en firme el julio de 2018 y la vigencia de la norma se da a partir del año 2019.

Expresan que la acción de tutela es improcedente para discutir la controversia planteada por los accionantes como quiera que existe un mecanismo principal para suscitar su controversia ante la jurisdicción contenciosa administrativa, máxime cuando no se logra comprobar un peligro inminente e irremediable causado cuando la accionante Yennifer Ruiz Gaitán, a la fecha ostenta el cargo de Defensora de Familia, código 2125, grado 17 del ICBF regional Tolima.

Contestación Vinculado - Horacio Trillos Pérez (fls. 180-203).

Solicita se deniegue, por improcedente la tutela, como quiera que existen medios judiciales ordinarios, idóneos y efectivos, como la acción de nulidad y de cumplimiento para resolver la controversia; se ha demostrado que los cargos solicitados por los accionantes no fueron objeto del concurso en el que participaron, destacándose las reglas de la convocatoria y la normatividad vigente, limitan la aplicación de la lista de elegibles solo para los cargos ofertados.

Advierte que la ley 1960 de 2019 no tiene efectos retroactivos; no hay una uniformidad y consistencia de criterio interpretativo de la CNSC; no existe un derecho cierto e indiscutible en cabeza de los accionantes y por el contrario, debe garantizarse el derecho a todos los ciudadanos a participar en el concurso de méritos para proveer los cargos creados con posterioridad a la convocatoria.

Contestación de la accionada - Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (fls. 206-220).

La entidad accionada a través de su apoderado judicial considera que en el presente caso la tutela deviene improcedente, por no cumplir con los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, subsidiaridad y perjuicio irremediable, puesto que ya fue publicada la lista de elegibles, la cual adquirió firmeza el 31 de julio de 2018 y se conformó para proveer 122 vacantes y en dicha lista los accionantes ocuparon posiciones 26, 28 y 29.

Así mismo, señala que los accionantes no cuestionan dicha lista sino actuaciones que surgieron con posterioridad, específicamente el hecho de que no se haya efectuado inmediatamente su nombramiento en aplicación del artículo 6° de la ley 1960 de 2019.

Advierte que se procederá a realizar su nombramiento una vez se surtan una serie de procedimientos que se están adelantando por parte del instituto y una vez la

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)
 Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia
 Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán
 Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

CNSC apruebe el uso de la lista de elegibles, máxime cuando los accionantes desconocen que el artículo ? de la ley 1960 de 2019, creó el derecho a los empleados de carrera administrativa a concurso de ascenso y movilidad horizontal, para lo cual la ley otorgó a la CNSC termino para regular el derecho.

Finalmente, señala que la entidad accionada no vulneró derecho alguno, pues efectuó los nombramientos de conformidad con las normas vigentes, esto es la ley 909 de 2004, decreto 1894 de 2012, máxime cuando los demandantes escinden el contenido de la norma la cual debe interponerse de manera integral, pues adquiere los derechos conforme a la lista de elegibles bajo el imperio de la ley 909 de 2004 y solicitan al tiempo la aplicación de la ley 1960 respecto del uso de la lista de elegibles, situación que también ha sido regulada en la norma anterior.

Pruebas.

Dentro del expediente obran los documentos que se relacionan a continuación:

- Copia de resolución Nro. CNSC - 20182230073855 del 18 de julio de 2018 (fl. 12).
- Oficio Nro. 20201020002601 de 7 de enero de 2020, expedido por la CNSC, información uso de lista OPEC 34795 convocatoria Nro. 433 de 2016- ICBF (fls 13-14).
- Criterio unificado de la lista de elegibles adoptado por la CNSC (fls. 14 vto. - 15 vto; 199-203)
- Derecho de petición elevado por Yennifer Ruiz G. al ICBF de fecha 31 de diciembre de 2019 (fls. 16-18).
- Respuesta a derecho de petición (Fls. 18 vto.- 19 vto.).
- Derecho de petición solicitando nombramiento de Yennifer Ruiz G. (fls. 20-22).
- Respuesta a derecho de petición remisión por competencia (fls. 22 vto.).
- Copia de la resolución Nro. 0773 de 2018 y 907 de 17 de febrero de 2017, por medio de la cual se nombra provisionalmente a Horacio Trillos Pérez, Andrea del Rocío Arciniegas, Yennifer Ruiz Gaitán y Roberto Salazar (fls. 23-27; 96-117).
- Comprobante de correo electrónico y petición de nombramiento suscrito por Alexis Gonzales, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán (fls. 27 vto. - 30).
- Respuesta a solicitud de nombramiento vacante definitiva Nro. 202012100000014563 del 30 de enero de 2020 (fl.31).
- Respuesta a solicitud de nombramiento vacante definitiva Nro. 20201020102581 del 30 de enero de 2020 (fls. 32-33).
- Resolución Nro. 1479 de 4 de septiembre de 2017 “por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras” y se dictan otras disposiciones “ (fld. 118-124).
- Resolución Nro. 7781 del 5 de septiembre de 2017 por medio de la cual se hacen unos nombramientos en provisionalidad (fls. 125-138; 214-222).
- Acta de posesión de Andrea del Rocío Arciniegas Forero (fl. 139- 140).
- Acta de posesión de Roberto Salazar Fernández (fl. 141).

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)
 Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia
 Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán
 Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

- Resolución Nro. CNSC - 20182230073855 del 18 de julio de 2018 “por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer 23 vacantes del empleo identificado con código OPEC Nro. 34795, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, convocatoria Nro. 433 de 2016-ICBF” (fls. 143-179).
- Oficio Nro. 201912100000223791 del 24 de diciembre de 2019, el ICBF señala la existencia de 4 vacantes en provisionalidad en el cargo Defensor de Familia código 2125 grado 17 (fl. 234).

Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Ibagué, en fallo del 26 de febrero de 2020 (fls. 236 a 243), determinó negar la acción constitucional con base en la irretroactividad de las leyes, pues las actoras solicitan la aplicación de la ley 1960 de 2019 aun cuando la lista de elegibles conformada mediante resolución Nro. CNSC - 20182230073855 del 18 de julio de 2018 quedó en firme el 31 de julio de 2018.

Teniendo en cuenta lo anterior, señaló que para el caso bajo estudio, se debe dar aplicación al artículo 31 numeral 4° de la ley 909 de 2004, el cual dispuso que las listas de elegibles solo podrían ser utilizadas para proveer los cargos para las cuales se efectuó el concurso; a su vez, hace referencia al decreto 1083 de 2015, en el cual se estableció que “las listas, durante su vigencia, solo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la ley 909 de 2004”.

Finalmente, establece que la Corte Constitucional en sentencia unificada de mayo de 2011, determinó que las entidades están obligadas a proveer únicamente las vacantes para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, los cargos que se encuentren fuera de la convocatoria requerirán de un concurso nuevo para su provisión.

La impugnación.

Mediante escrito dirigido al Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, radicado el día 03 de marzo del año en curso (Fls. 341-360), las actoras impugnaron el fallo de primera instancia argumentando que en la parte considerativa de la providencia impugnada incurrieron en graves yerros como: i. No se analizó debidamente el recaudo documental arrimado a la foliatura; ii. Se interpretó de manera errada la legislación vigente; iii. Se abordó incorrectamente el problema jurídico respecto a la irretroactividad de la norma; iv. Se fundamentó la decisión con antecedente jurisprudencial antiguo sin considerar la reciente postura de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial; v. No se contempló el impacto nacional que tiene esta decisión.

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)
 Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia
 Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán
 Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

CONSIDERACIONES

La competencia.

En atención a lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala es competente para conocer de la sentencia que resolvió acerca de la acción de tutela de la referencia.

Problema jurídico.

Con base en los hechos relatados en precedencia, corresponde a la Sala, determinar, si la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, Igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima de las actoras al no ser nombradas en propiedad en el cargo de Defensor de Familia código 2125, grado 17, y en consecuencia, determinar si se confirma o revoca la decisión del *a quo*.

La Carrera Administrativa como pilar del Estado Social de Derecho.

La Constitución Política establece en su artículo 125 el mérito como criterio para la provisión de cargos públicos dentro de la administración, así mismo, establece que el mecanismo idóneo para hacer efectivo el mérito es el concurso público, en los siguientes términos: *“Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público”*.¹

La Corte Constitucional en sentencia C-588 de 2009, con Magistrado Ponente EDUARDO MENDOZA MARTELO, estableció que el sistema de mérito consiste en que el Estado pueda *“contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública”*.²

La importancia de la carrera administrativa como pilar del Estado Social de Derecho, se vio plasmada en esta misma providencia, en la que se indicó que el incumplimiento o la inobservancia de las normas de la carrera implica el desconocimiento de los fines estatales, pues el sistema de carrera administrativa tiene como soporte principios y fundamentos propios de la definición de Estado que se consagra en el artículo 1 constitucional, así como supone el desconocimiento del derecho a la igualdad, el acceso a cargos públicos y el debido proceso. Es así como se concluyó que *“la carrera administrativa es, entonces, un principio constitucional y, por*

¹ Constitución Política, artículo 125. Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público. El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. (...)

² Corte Constitucional. Sentencia C-588 de 2009. M.P. Eduardo Mendoza Martelo.

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)
 Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia
 Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán
 Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

lo mismo, una de las garantías cuyo desconocimiento podría acarrear la sustitución de la Constitución".³

En este orden de ideas, la Corte puntualizó la existencia de una relación connatural entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, "la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad".⁴

Naturaleza de las listas de elegibles.

Las listas o registros definitivos de elegibles son actos administrativos de carácter particular que tienen como finalidad establecer la forma de provisión de los cargos objeto de concurso, con un carácter obligatorio para la administración. En otras palabras, se trata de un acto administrativo que enumera las personas que aprobaron el concurso con el mayor puntaje de acuerdo a sus comprobados méritos y capacidades, las cuales deben ser nombradas en los cargos de carrera ofertados en estricto orden numérico.

Con la conformación de la lista o registro de elegibles se materializa el principio del mérito del artículo 125 de la Constitución, en la medida en que con él, la administración debe proveer los cargos de carrera que se encuentren vacantes. Las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme, salvo expresas excepciones legales. cuando la Administración asigna a un concursante puntaje al finalizar cada una de las fases que comprende el concurso, expide un acto administrativo de carácter particular y concreto, en la medida que surte un efecto inmediato, directo y subjetivo respecto del destinatario; lo mismo ocurre cuando consolida dichos resultados mediante la conformación de una lista de elegibles; acto administrativo que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman.

Este acto tiene una vocación transitoria o temporal toda vez que tiene una vigencia específica en el tiempo, generalmente de dos años, lo cual refuerza su obligatoriedad, porque durante su vigencia la administración debe hacer uso de él para llenar las vacantes que originaron el llamamiento a concurso.

La conformación de la lista de elegibles, así entendida, genera para quienes hacen parte de ella, un derecho de carácter subjetivo, que consiste en ser nombrados en el cargo para el que concursaron, cuando el mismo quede vacante o esté desempeñando por un funcionario o empleado en encargo o provisionalidad.

La autorización del uso de listas de elegibles como parte del régimen para la provisión de los empleos de carrera administrativa.

La Corte Constitucional en numerosas oportunidades ha sentado jurisprudencia en el sentido de que "las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con

³Ibídem.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo.

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 – 2020)
 Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia
 Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán
 Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

oportunidad de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme"⁵. De igual manera se ha establecido pacíficamente que las bases del concurso se convierten en reglas particulares de obligatorio cumplimiento tanto para los participantes como para la entidad convocante, razón por la cual deben ser respetadas y resultan inmodificables y cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participan, conduciría a la ruptura del principio de la buena fe y atentaría contra la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad, todos ellos principios que ineludiblemente rigen la actividad administrativa.⁶

Por otra parte, es posible que el legislador o la misma entidad convocante, permita hacer uso del registro de elegibles para proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Así lo ha entendido la Corte constitucional en distintos fallos, el primero de ellos fue la sentencia C-319 de 2010, en el marco del estudio de constitucionalidad del artículo 145 de la Ley 201 de 1995, una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, en el que establecía la posibilidad de utilizar la lista de elegibles para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación. En esta oportunidad, la Corte resolvió declarar exequible la norma demanda entendiendo que una interpretación conforme con la Constitución apuntaba a que cuando se tratara de proveer una vacante de grado igual, que tuviera la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador.

En esta providencia, la Corte Constitucional, acogió el criterio según el cual, las listas de elegibles, mientras estén vigentes, pueden ser extendidas o utilizadas para proveer empleos adicionales a los originalmente ofertados, siempre y cuando sean iguales a los inicialmente sacados a concurso. Ello porque (i) de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución, la regla general es que los empleos públicos son de carrera y deben ser provistos a través de concursos públicos que permitan comprobar, verificar y medir el mérito; y (ii) en virtud de la aplicación de criterios de razonabilidad, eficiencia y economía en el gasto público, de tal manera que se le dé el mayor uso posible a la lista de elegibles mientras esté vigente.

En otra ocasión, la Corte marcó un precedente jurisprudencial mediante la sentencia SU-446 de 2011, en la cual adopta una posición claramente distinta al estudiar la utilización de las listas de elegibles en el sistema de carrera de la Fiscalía General de la Nación, producto de las múltiples tutelas que se habían interpuesto por la utilización de las listas que se generaron con los concursos realizados en el año 2007 por dicha entidad. En esta providencia sostuvo que *"el registro de elegibles debe ser utilizado únicamente para llenar exclusivamente las vacantes señaladas en la respectiva convocatoria" (...)* *"teniendo en cuenta que las pautas o reglas de los concursos públicos para el acceso a la carrera son inmodificables y que a la Administración no le es dado hacer ninguna variación de ellas porque se lesionarían los derechos y principios propios del Estado Social de Derecho que nos rige"*.

No obstante lo anterior, aclaró que dicha sentencia en nada contradecía a la sentencia C-319 de 2010, pues tanto el Legislador cuando regula uno de los regímenes de carrera especial, o la «entidad convocante», pueden disponer la posibilidad de que la lista de

⁵ Corte Constitucional sentencia SU-913 de 2009.

⁶ Ver entre otras, sentencias T- 256 de 1995, SU-446 de 2011 y T-256 de 2008.

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 – 2020)
 Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia
 Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán
 Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

elegibles sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente ofertados en el concurso de méritos, siempre que estos sean de la misma naturaleza, perfil y denominación que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

Dijo entonces la Corte:

“6.5. Es importante señalar que lo expresado hasta aquí no contradice ni desconoce lo expuesto en la sentencia C-319 de 2010 sobre el deber de la administración de hacer uso del registro de elegibles cuando existan vacantes de la misma identidad de los cargos convocados, por cuanto en dicho fallo se analizó una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, entidad con un régimen especial de carrera. Es cierto que la Fiscalía General de la Nación también tiene un régimen especial de carrera, frente a la cual el legislador no consagró una norma igual o similar a la que fue analizada en esa oportunidad por esta Sala, razón por la que no se puede afirmar que nos encontremos ante supuestos de hecho iguales que exijan el mismo tratamiento jurídico.

Lo anterior significa que es potestad del legislador señalar en la ley general de carrera o en las leyes de carrera especial que con el registro de elegibles se pueden proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Facultad que también puede ostentar la entidad convocante, quien en las reglas que regirán el concurso puede señalar expresamente que la lista que se configure servirá para proveer las vacantes que se lleguen a presentar en vigencia de la lista para empleos de la misma naturaleza y perfil. La introducción de este criterio es una pauta de obligatoria observancia para la administración, que le permitirá, en el término de vigencia del registro de elegibles que se llegue a conformar, proveer las vacantes que se lleguen a presentar, por cuanto expresamente habilitó el uso de ese acto administrativo para tal efecto.”⁷

De acuerdo con lo expuesto, la Corte Constitucional acepta que la «entidad convocante» pueda disponer la posibilidad de que la lista o registro definitivo de elegibles, sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente de oferta en el concurso de méritos, siempre que dicha regla sea prevista en las reglas del concurso, es decir, en las bases de la convocatoria, y que estos nuevos empleos sean de la misma denominación, naturaleza y perfil que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

El Consejo de Estado también se ha ocupado de estudiar la legalidad de la regla que habilita el uso de la lista de elegibles para proveer cargos que no fueron ofertados en la convocatoria a concurso, siempre que sean equivalentes o similares. En sentencia de 26 de julio de 2018, proferida en el expediente 2015-1101 (4970-2015), la Sección Segunda de esta Corporación conservó la presunción de legalidad de varios apartados del Acuerdo No. 001 de 9 de abril de 2015, *“por el cual se convoca y se fijan las bases y el cronograma del Concurso de Méritos Público y Abierto para el nombramiento de Notarios en propiedad e ingreso a la carrera notarial”*:

⁷ Corte Constitucional sentencia SU 446 de 2011.

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)
 Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia
 Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán
 Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

*“Agrega esta Corporación, que la regla jurisprudencial que autoriza el uso de la lista de elegibles, mientras estén vigentes, para proveer cargos diferentes a los que fueron ofertados, siempre que sean de la misma naturaleza, perfil y denominación, y se haya establecido así en las bases de la respectiva convocatoria, tiene un claro arraigo constitucional, pues, materializa principios fundamentales de la función administrativa consagrados en el artículo 209 Superior, tales como economía, celeridad, eficiencia y eficacia, garantizando que un mayor número de plazas o empleos, sean provistas con quienes superaron todas las etapas del concurso y se ubicaron en la lista de elegibles.
 (...)”*

Por otra parte, también se garantiza el postulado fundamental del mérito contenido en el artículo 125 de la Constitución, pues, permitir el uso de las listas de elegibles, mientras estén vigentes, para proveer empleos adicionales a los inicialmente ofertados, pero iguales o equivalentes a estos, parte precisamente, de la premisa según la cual, las personas designadas tienen comprobados méritos para desempeñar el cargo de notario. Es decir, se están nombrando a personas que han superado un concurso de mérito, diseñado de acuerdo a las necesidades del servicio y, especialmente, para cargos de igual naturaleza y categoría, es decir, no se trata de un mecanismo de ingreso automático a la función pública, arbitrario e inconsulto. Ello apunta a hacer más eficiente el uso del talento humano, en cuanto se acude a personal capacitado y previamente evaluado sobre las condiciones necesarias para el ejercicio de los cargos por proveer. De esta manera, se asegura que a la función pública accedan los mejores y los más capaces funcionarios, descartándose la inclusión de otros factores de valoración que son contrarios a la esencia misma del Estado Social de Derecho, y a la filosofía que inspira el sistema de carrera, tales como el clientelismo, el favoritismo y el nepotismo, pues, mientras se surten los nuevos concursos, los cargos de carrera a proveer quedarían sujetos a la sola voluntad del nominador y lo serían a través de la figura de la provisionalidad.

*Y finalmente, se garantiza el ejercicio del derecho subjetivo de que son titulares quienes hacen parte de la lista de elegibles, en cuanto permite que éstos accedan a un cargo igual para el que concursaron y demostraron su idoneidad.
 (...)”*

En el caso objeto de análisis, observa la Sala que en lo que tiene que ver con la utilización de las listas de elegibles en el Sistema Específico de Carrera Notarial, para el último concurso de méritos, de acuerdo con el artículo 1º del Acuerdo 001 de 9 de abril de 2015, en las bases mismas de la convocatoria se estableció que una vez provistos la totalidad de los cargos ofertados en la convocatoria, se puedan usar los registros de elegibles, para proveer eventuales cargos vacantes, aunque estos no hayan sido objeto de oferta en el proceso de selección, así como para proveer las notarías que se lleguen a crear durante la vigencia de las listas de elegibles.

Por lo tanto, para la Sala se encuentran satisfechas las dos condiciones exigidas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional cuando habilitó el uso de las listas de elegibles para proveer empleos no ofertados inicialmente en la respectiva convocatoria, esto es, (i) que las bases de la respectiva convocatoria así lo establezca, y (ii) que los cargos que no fueron sacados a concurso al inicio del proceso de selección, y que se proveerían con las listas de elegibles, sean iguales o equivalentes a aquellos para los que se conformaron esos registros de elegibles.”

Así las cosas, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, señalaron, que la «entidad convocante» pueda disponer la posibilidad de que la lista o registro definitivo

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)
 Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia
 Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán
 Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

de elegibles, sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente de oferta en el concurso de méritos, siempre que: (i) dicha regla sea prevista en las reglas del concurso, es decir, en las bases de la convocatoria, y (ii) que estos nuevos empleos sean de la misma denominación, naturaleza y perfil que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

Análisis del caso concreto.

En el caso sometido a consideración, las accionantes pretenden que se amparen los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, Igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima, y en consecuencia sean nombradas en periodo en el cargo de carrera denominado DEFENSOR DE FAMILIA, código 2125, grado 17, conforme a la lista de elegibles que se conformó en la resolución CNSC - 20182230073855 del 18 de julio de 2018.

El juez de primera instancia determinó en fallo del 26 de febrero de 2020 negar la acción constitucional con base en la irretroactividad de las leyes, pues las actoras solicitan la aplicación de la ley 1960 de 2019 aun cuando la lista de elegibles conformada mediante resolución Nro. CNSC - 20182230073855 del 18 de julio de 2018 quedó en firme el 31 de julio de 2018.

Analizando el acervo probatorio allegado al expediente, considera la sala que está debidamente acreditado que las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán participaron en la convocatoria Nro. 433 de 2016, superando todas las etapas del concurso de méritos y en razón de ello ocuparon las posiciones Nro. 26, 28 y 29 en la lista de elegibles conformada mediante resolución CNSC - 20182230073855 del 18 de julio de 2018, para proveer 23 vacantes del empleo identificado con código OPEC no. 34795, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

El artículo 31 numeral 4° de la ley 909 de 2004, establecía, antes de su modificación, que las listas de elegibles solo podían usarse para proveer los cargos ofertados en cualquier concurso de méritos presidido por la Comisión Nacional del Servicio Civil. En consecuencia, dicha norma excluía la posibilidad de utilizar la lista para conferir nombramientos de vacantes definitivas surgidas con posterioridad a la respectiva convocatoria, y en concordancia con esta disposición el Decreto 1894 de 2012, a su vez compilado por el Decreto 1083 de 2015, estableció lo siguiente:

“Parágrafo 1°. Una vez provistos en período de prueba los empleos convocados a concurso con las listas de elegibles elaboradas como resultado de los procesos de selección, tales listas, durante su vigencia, sólo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los mismos empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la Ley 909 de 2004.”⁸

Finalizada la etapa clasificatoria y eliminatoria del concurso de méritos en mención, la Comisión Nacional del Servicio Civil emitió las resoluciones por medio de las

⁸ Decreto 1894 de 2012, artículo 1°.

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)
 Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia
 Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán
 Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

cuales se conformaron las listas de elegibles para varias de las OPEC ofertadas en la convocatoria 433 de 2016.

La redacción del artículo 4° de los actos administrativos emitidos por la CNSC, incluida la resolución CNSC - 20182230073855 del 18 de julio de 2018, fue la siguiente:

“ARTÍCULO CUARTO.- Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados.”

Lo anterior, significa que la redacción original de dicho canon, permitía conferir nombramiento para ocupar vacantes definitivas surgidas con posterioridad al inicio de la convocatoria 433 de 2016.

Sin embargo, aun cuando el ámbito de aplicación del decreto 1894 de 2012, debía seguir la consideración general de que las pautas de la convocatoria son inmodificables, porque de lo contrario se vulnera la confianza legítima y el principio de buena fe, la Resolución Nro. 20182230156789 del 22 de noviembre de 2018 de la Comisión Nacional del Servicio Civil revoca el artículo 4° de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la convocatoria 433 de 2016- ICBF, por considerar que las disposición *“no se encuentra en consonancia con el Decreto 1894 de 2012, la reiterada jurisprudencia de unificación de la Corte Constitucional y el marco regulatorio fijado por el Acuerdo 20161000001376 del de septiembre de 2016... en particular, lo dispuesto en el artículo 62 ibídem”*.

Dentro de la convocatoria 433 de 2016, las actoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, se presentaron al empleo con código OPEC no. 34795, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, todas vez que en la convocatoria Nro. 433 de 2016 - ICBF solo se ofertaron 23 vacantes para dicho empleo, las cuales fueron debidamente ocupadas, y las cuatro vacantes existentes surgieron con posterioridad.

De conformidad con las premisas expuestas en la parte considerativa, la sala encuentra que las pautas de la convocatoria son inmodificables tal como ha sido reiterado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. Así mismo, dichas pautas obligan tanto a la entidad que convoca como a quienes participan sin que pueda ser modificado, porque de lo, como se observó con anterioridad, se estaría violando la confianza legítima y el principio de buena fe de quienes participaron. No puede ser atendible, como ocurre en el caso concreto, que se modifiquen circunstancias que afectan el derecho de quienes participaron en la convocatoria aspirando a la posibilidad por una parte de ocupar la vacante para la cual concursaron o por otra de optar por un empleo equivalente. Cercenar una de las posibilidades que existía implica un cambio sustancial en las normas de la convocatoria que afectan indudablemente a quienes tenían la confianza legítima de hacer parte de la carrera administrativa a través del concurso de méritos.

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)
 Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia
 Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán
 Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que aunque la redacción original del numeral 4° del artículo 31 de la ley 909 del 23 de septiembre de 2004 dictó que con la lista de elegibles “se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso”, la ley 1960 del 27 de junio de 2019, modificó tal artículo, según el cual con la lista de elegibles “se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad”.

Resulta, entonces, evidente que ha operado un tránsito de legislación en cuya virtud, compete la sala evaluar si se dan los presupuestos para que la Ley 1960 de 2019 sea aplicable a Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán o si por el contrario, debe seguirse con la Ley 909 de 2004 sin modificaciones.

Respecto a esto, es claro que, por regla general, las normas rigen hacia el futuro una vez son divulgadas, y excepcionalmente regirán ultractiva o retroactivamente, pero adicionalmente se ha aceptado otra modalidad de aplicación temporal de las normas denominada retrospectividad, que a las luces de la sentencia T-564 de 2015 consiste en:

“...la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.

En este sentido, ha sido unánimemente aceptado por la jurisprudencia de todas las Altas Cortes que si bien en principio las normas jurídicas solo tienen aplicabilidad a situaciones que tuvieron lugar con posterioridad a su vigencia, ello no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia.”⁹

Como consecuencia de lo anterior, siendo la generalidad de las leyes que surjan efectos ex nunc, una norma posterior podrá regular situaciones anteriores siempre y cuando sean meras expectativas y no situaciones jurídicas consolidadas, como quiera que de estas últimas se entenderán finiquitadas sus consecuencias bajo la ley antigua.

Bajo esta premisa de que los aspirantes que figuran en una lista de elegibles cuentan con una mera expectativa salvo aquél que ocupe el primer lugar, único de quien se predica un derecho adquirido, y teniendo de presente que el nominador no cuenta con una facultad sino con un deber al momento de recurrir a la lista de elegibles, a efectos de proveer un cargo de grado y denominación iguales para el cual se abrió originalmente el concurso de méritos, la sala encuentra que es dable aplicar retrospectivamente la Ley 1960 de 2019 a las accionantes, puesto que su situación no se encuentra consolidada dentro de la Convocatoria 433 de 2016.

En resumen, considera la Sala que pretender modificar las reglas que regían la convocatoria, o hacer oponible el cambio normativo dado con el Decreto 1894 de 2012 a las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, en aplicación del cual se revocó el artículo 4° de la resolución Nro. CNSC -

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-569 de 2011. En igual sentido las sentencias 1-156 de 2012 y 1-180 de 2015.

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)
 Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia
 Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán
 Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

20182230073855 del 18 de julio de 2018, viola el debido proceso, que en el caso concreto deriva en una vulneración al derecho al acceso a cargos públicos y lesiona el derecho al trabajo de quien se ve privado del acceso a un empleo o función pública a pesar de la existencia de unas reglas que permitían el uso de listas de elegibles para proveer vacantes definitivas ofertadas por la convocatoria y que generaron la confianza legítima en la administración.

En la medida que el mérito debe ser el criterio predominante para seleccionar a quienes deben ocupar los cargos al servicio del Estado, y la jurisprudencia de la corte ha entendido que una interpretación ajustada a la Constitución apunta a que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, que tenga la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador, la administración deberá solicitar la respectiva autorización para el uso de las listas de elegibles para los empleos con vacancia definitiva

Por lo expresado anteriormente, se revocará la sentencia de primera instancia que negó el amparo de los derechos fundamentales al acceso a la carrera administrativa por meritocracia, Igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima, de las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Tolima, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por mandato de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - REVOCAR, la sentencia de primera instancia del 26 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué, mediante la cual negó la acción de tutela presentada por las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, y en su lugar **CONCEDER** la tutela de los derechos de las actoras a la carrera administrativa por meritocracia, Igualdad, trabajo en condiciones dignas, debido proceso y confianza legítima.

SEGUNDO. - ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar familiar - ICBF, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de esta sentencia, solicite a la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC la autorización del uso de la lista de elegibles y efectúe los trámites administrativos necesarios para nombrar y posesionar en periodo de prueba a las señoras Alexis Díaz González identificada con C.C. 38.362.619 de Ibagué-Tolima, , María Cecilia Arroyo Rodríguez identificada con C.C. 52.232.317 de Bogotá D.C. y Yennifer Ruiz Gaitán identificada con C.C. 65.632.956 de Ibagué- Tolima, en el empleo identificado con el código OPEC Nro. 34782 denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17 del Centro Zonal Jordán, Regional Tolima, conforme a la lista de elegibles establecida en la resolución CNSC - 20182230073855 del 18 de julio de 2018.

TERCERO.- NOTIFICAR a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Radicación: 73001-33-33-005-2020-00058-01 (00109 - 2020)
Acción: Tutela - Impugnación de Sentencia
Accionante: Alexis Díaz González- María Cecilia Arroyo Rodríguez- Yennifer Ruiz Gaitán
Accionado: Comisión Nacional De Servicio Civil -Instituto Nacional De Servicio Civil

CUARTO. - Ejecutoriada esta providencia, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro del término previsto en el artículo 32 ibídem.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JOSÉ ALETH RUIZ CASTRO
Magistrado


ÁNGEL IGNACIO ÁLVAREZ SILVA
Magistrado

JOSÉ ANDRÉS ROJAS VILLA
Magistrado.

**REPUBLICA DE COLOMBIA
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL
CIRCUITO JUDICIAL DE PASTO**



Pasto, doce (12) de mayo dos mil veinte (2.020)

Radicación:	52001333007 2020-00041- 00
Acción:	TUTELA
Actor:	ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO
Demandado:	ICBF y CNSC
Decisión:	SENTENCIA
Tema:	Debido proceso.

En el término consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, procede este Despacho a proferir el fallo que en derecho corresponda en la presente acción de tutela.

I. ANTECEDENTES

1.1 Identificación de la parte accionante

Se trata del señor ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO, mayor de edad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 98388651, quien actúa a nombre propio.

Mediante auto del 4 de mayo del año en curso, este Juzgado en acatamiento a lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Nariño, ordenó la vinculación a este trámite tutelar del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de los Integrantes de la lista de elegibles para el cargo de "Profesional Especializado, Código 2028, Grado 15 OPEC No. 39147" conformada mediante la Resolución No. CNSC - 20182020051495 del 22 de mayo de 2018, expedida por la accionada COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL dentro de la Convocatoria No. 433 de 2.016- ICBF.

1.2 Identificación de la parte accionada

Dirigió la tutela en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR¹ y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL².

1.3 Derechos fundamentales invocados

Los preceptos fundamentales constitucionales que se invocaron como lesionados son:

“...derechos fundamentales ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA (art. 40 numeral 7 y art. 125 constitucional) IGUALDAD (art.13 constitucional), TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS (art. 25 constitucional), DEBIDO PROCESO (art. 29 constitucional) y CONFIANZA LEGÍTIMA,...”

1.4 Súplicas deprecadas

La parte accionante solicitó la protección de sus derechos que enunció como fundamentales, pidiendo a este Despacho:

“PRIMERO: Ruego al Despacho amparar mis derechos fundamentales ACCESO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA POR MERITOCRACIA (art. 40 numeral 7 y art. 125 constitucional) IGUALDAD (art.13 constitucional), TRABAJO EN CONDICIONES DIGNAS (art. 25 constitucional), DEBIDO PROCESO (art. 29 constitucional) y CONFIANZA LEGÍTIMA, conforme lo establecido en los diferentes pronunciamientos judiciales que se citaron, incluso como lo dispone la Jurisprudencia Unificada de la Corte Constitucional en Sentencia SU-913 de 2009.

SEGUNDO: Que en concordancia con lo anterior, se ordene al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, realice las actuaciones pendientes para mi nombramiento y posesión en periodo de prueba en el cargo de carrera del empleo identificado con el código o número 39147 denominado profesional especializado código 2028 grado 15 y/o algún cargo similar, conforme la lista de elegibles conformada. Mediante Resolución No CNSC-20182020051495 del 22 de mayo del 2018, la cual se encuentra en firme y generó los derechos fundamentales deprecados.

TERCERO: Solicito la vinculación de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC en la presente acción tutelar.

CUARTO: Sírvase COMPULSAR COPIAS a la Procuraduría General de la Nación a efectos de verificar y de que investigue si la conducta en la entidad accionada, de omitir el nombramiento de los elegibles, en cumplimiento de una orden emanada de un acto administrativo de carácter particular y concreto, constituye incumplimiento del deber o la norma que pueda derivar o no en sanción disciplinaria.

¹ En adelante ICBF.

² En adelante CNSC

QUINTO: CONDENAR a la entidad tutelada al pago de la indemnización de perjuicios causados y costas a que haya lugar.”

1.5 Fundamentos fácticos

El señor ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO en su libelo de postulación refiere que mediante Acuerdo No. 201610000001 del 5 de septiembre de 2016 la CNSC convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF, inscribiéndose para optar por la vacante del empleo identificado con el número 39147 denominado profesional universitario código 2028 grado 15.

Indica que posteriormente, a través de resolución No. CNSC-20182020051495 del 22 de mayo de 2018, se conformó la lista de elegibles, quedando el actor en el tercer lugar de la misma. Dicha resolución quedó en firme el 6 de junio de 2018 y conforme al artículo 64 del Acuerdo 20161000001376 de 2016, tiene una vigencia de 2 años.

Señala que con resolución No. 7929 del 22 de junio de 2018, el ICBF nombró en periodo de prueba a quien había quedado en el primer lugar de la lista de elegibles. Luego, el 22 de noviembre de la misma anualidad, la CNSC expidió la resolución No. CNSC-20182230156785 que revoca el artículo 4 de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la convocatoria No. 443 de 2016. Situación impidió que el ICBF pudiese usar la lista de elegibles contenida en la resolución CNSC-20182020051495 del 22 de mayo de 2018, donde el accionante estaba en turno de opción ante el nombramiento de quien ocupó el primer lugar.

Alude que el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1479 de 2017, mediante el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF, suprimiendo 12 cargos de carácter temporal, cuya denominación era de Profesional Universitario Código 2028 grado 15, y creó 94 con carácter permanente que debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en el decreto ley 909 de 2004.

Agrega que el 27 de junio de 2019 se expidió la ley 1960 que modificó la ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998 cuyo artículo 6 establece: *“El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: “Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos*

equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.”.

Manifiesta que el 16 de enero de 2020, la CNSC en criterio unificado concluye que: “(...) las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para prever las vacantes de los empleos que integran la Oferta Pública de Empleos de carrera –OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”, entendiéndose con igual denominación código, grado, asignación básica mensual, propósito funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.” Criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con código número 39147.

Considera que ha consolidado un derecho a ser nombrado y posesionado en periodo de prueba en el empleo denominado Profesional Especializado código 2028, grado 15, toda vez que cumple los requisitos legales y jurisprudenciales para tal efecto.

1.6 Pruebas:

- Copia del decreto 1479 de 2017. (F. 11 - 15)
- Copia del criterio unificado expedido por la CNSC para el uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de la ley 1960 del 27 de junio de 2019. (F.16 – 19)
- Copia del derecho de petición elevado por el accionante ante el ICBF y la CNSC con el propósito de ser nombrado y posesionado en periodo de prueba para el cargo que concursó, y su respectiva respuesta. (F. 19 – 21 y 30 - 31)
- Copia de la resolución No. CNSC-20182020051495 del 22 de mayo de 2018. (F. 22 - 24)
- Copia de la resolución No. 7929 del 22 de junio de 2018. (F. 25 – 29)

1.7 Respuesta de las entidades accionadas:

1.7.1 Comisión Nacional del Servicio Civil³

El Asesor Jurídico de la Comisión Nacional del Servicio Civil responde la acción de tutela en los siguientes términos:

³ Ver folios 37 a 51 del expediente.

Señala que mediante Resolución No. 20182020051495 del 22 de mayo de 2018, se conformó la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo identificado con el código OPEC No. 39147 denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 15 ofertado a través de la convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF, en la cual el señor Andrés Mauricio Jaramillo Vallejo ocupó el puesto 3.

Aduce que el ICBF realizó el nombramiento en periodo de prueba y posesión de quien ocupó el primer puesto de aquella lista, por lo tanto, los demás elegibles se encuentran en espera a que se genere una vacante, durante la vigencia de la misma, esto es, hasta el 5 de junio de 2020.

Explica que hasta el momento no existe solicitud de uso de listas de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con el número OPEC 39147. De tal manera que, en el eventual caso que el ICBF a la fecha disponga de vacantes con la misma denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, deberá registrarlas en SIMO y expedir el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestar y solicitar a la CNSC el uso de listas con cobro, para que esta proceda a autorizar dicho uso y se provean definitivamente las vacantes existentes.

Agrega que los participantes en un concurso de méritos que no ocupan las primeras posiciones en la lista de elegibles, no ostentan un derecho adquirido a obtener un empleo público, sólo son titulares de una expectativa frente a la utilización de listas de elegibles para la provisión de dicho empleo. De otra parte, informa que, de surgir vacancias definitivas en el empleo por renuncia, muerte del titular, entre otras, estas deban ser provistas con los integrantes de la lista específicamente conformada para el cargo.

Concluye solicitando la desvinculación de la entidad que representa, toda vez que no tiene competencia alguna frente a la administración de la planta de personal del ICBF, y además desconoce si dicha entidad dispone de vacantes con la misma descripción del empleo en el cual participó el accionante.

1.7.2 Instituto Colombiano de Bienestar Familiar⁴

⁴ Ver folios 52 a 63 del expediente.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, presenta el requerimiento ordenado en los siguientes términos:

Manifiesta que la presente acción de tutela deviene en improcedente, por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, esto es, la subsidiariedad, puesto que no se evidencia la configuración de un perjuicio irremediable, debido a que se publicó la lista de elegibles y esta adquirió firmeza el 6 de junio de 2018, la cual se conformó para proveer una vacante y en dicha lista el accionante ocupó la posición 3.

Agrega que el ICBF nombró a quien ocupaba el primer puesto de la lista de elegibles que también integra el actor en aquel cargo que fue ofertado en la convocatoria No. 433 de 2016 y para el cual participó.

Detalla que el accionante no ha elevado ante el ICBF o la CNSC ninguna solicitud o reclamación relacionada con el uso de la lista de elegibles en aplicación de la ley 1960 de 2019 para proveer los cargos disponibles en la entidad accionada.

Aclara que para acceder a lo solicitado por el actor y dar aplicación a la Ley 1960 de 2019, el ICBF debe adelantar una serie de gestiones administrativas y financieras que requieren de la concurrencia de la CNSC y que revisten complejidad.

Señala que el artículo 2 de la Ley 1960 de 2019, creó el derecho a los empleados de carrera administrativa a concurso de ascenso y movilidad horizontal, para lo cual, la Ley otorgó término a la Comisión Nacional del Servicio Civil, para regular el derecho.

Expone que de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 (vigente para el momento en que se dio apertura a la convocatoria), el Decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (sentencia SU-446 de 2011), las listas de elegibles fueron utilizadas para proveer las vacantes ofertadas en la convocatoria No. 433; sólo hasta el 16 de enero de 2020, la CNSC emitió el criterio unificado sobre el "uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019", previo el cumplimiento de una serie de procedimientos complejos y un trámite presupuestal que se están adelantando en el momento.

Precisa que dentro de los términos de Ley, el ICBF efectuó los nombramientos en período de prueba, en atención con lo previsto en las normas que regulaban el proceso para la fecha en que se expidieron aquellos actos administrativos, es decir, la Ley 909 de 2004, Acuerdo 562 de 2016 y Decreto 1894 de 2012.

De otra parte, manifiesta que la CNSC en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1° del Decreto 1894 de 2012; el artículo 62 del Acuerdo 201610000001376 del 5 de septiembre de 2016 y la Sentencia de Unificación SU-446 de 2011, estableció que las listas de elegibles conformadas en el marco de la Convocatoria 433 de 2016 “solo podrán ser utilizadas para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generen en los empleos inicialmente provistos, con ocasión de la configuración para su titular de alguna de las causales de retiro del servicio consagradas en el artículo 41 de la ley 909 de 2004.”

Puntualiza que la CNSC cambió su postura y, mediante criterio unificado del 16 de enero de 2020, “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, para dar cumplimiento de lo allí previsto, el ICBF debe adelantar unas acciones de carácter administrativo y financiero.

Considera que la interpretación del accionante divide el contenido de la Ley 1960 de 2019 que debe interpretarse integralmente, de acuerdo con el principio de conglobamento o inescindibilidad, criterio de interpretación contenido en la normatividad laboral y frente al cual los Altos Tribunales resaltaron que es factible la aplicación de la norma favorable al trabajador. Así las cosas, la Ley 1960 de 2019 debe aplicarse en su integralidad, esto es (i) garantizando que los empleados de carrera administrativa accedan a concursos de acenso, respecto al 30% de las vacantes, proceso que deberá regular la CNSC, y (ii) con la provisión de las vacantes haciendo uso de las listas de elegibles vigentes, respecto del 70% de esas vacantes.

Finaliza su disertación solicitando la declaratoria de improcedencia de la acción, puesto que no se cumplen con el requisito de subsidiariedad de la misma, y que en caso contrario se denieguen las pretensiones pues no hay vulneración a los derechos fundamentales invocados por el actor.

1.8 Terceros vinculados:

1.8.1 Manuel Orlando Mena Zapata

El señor Manuel Orlando Mena Zapata, mediante correo electrónico allegado a este Juzgado, solicita su vinculación a este trámite tutelar coadyuvando la petición de amparo constitucional presentada por el actor.

Afirma hallarse en las mismas condiciones fácticas y jurídicas planteadas por el accionante en su escrito tutelar. Sin embargo, no allega prueba sumaria que acredite que se encuentra incluido en la lista de elegibles

conformada en la resolución No. 2018, proferida por la CNSC, para proceder a aceptar su vinculación a esta acción, de conformidad con lo ordenado por el Tribunal Administrativo de Nariño en providencia del 28 de abril del año en curso, al declarar la nulidad del fallo emitido por esta Judicatura.

1.8.2 Ministerio de Hacienda y Crédito Público:

La Delegada del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, contesta esta acción de tutela en los siguientes términos:

Señala que de conformidad con las atribuciones legales conferidas a la entidad que representa, aquella no está facultada para intervenir en los asuntos que son de competencia del ICBF y de la CNSC.

Aduce que según el artículo 122 de la Constitución Política, para la creación de empleos públicos remunerado, se requiere que estén incluidos en la planta de personal y que sus costos estén previstos en el presupuesto de la entidad.

Agrega que los hechos que originaron la presente acción, corresponden exclusivamente a actuaciones adelantadas por el ICBF y la CNSC en el desarrollo del concurso de méritos en el que participó el actor. Por ello, se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

II.- CONSIDERACIONES

2.1. Competencia

La solicitud de amparo se ha dirigido en contra del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil, entidades del orden nacional, razón por la cual este Juzgado es el competente para conocer y fallar esta acción de tutela, de conformidad con lo dispuesto en artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015 (modificado por el artículo 1º del Decreto 1983 de 2017), referente al reparto de la acción de tutela, y al artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 que trata sobre la competencia a prevención de la misma.

2.2 Legitimación

2.2.1 Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En el presente caso, el señor ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO, actúa en defensa de sus derechos fundamentales, razón por la cual se encuentra legitimado para presentar la acción.

2.2.2 Legitimación pasiva

El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la Comisión Nacional del Servicio Civil están legitimadas como parte pasiva en el presente asunto, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 5 del Decreto 2591 de 1991, debido a que se les atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión.

2.2.3 Inmediatez

La regla general establecida en el artículo 86 de la Constitución y en el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela puede ser propuesta “*en todo momento y lugar*”. No obstante la Corte Constitucional ha establecido que la solicitud de amparo debe ser propuesta dentro de un plazo razonable posterior a la violación de los derechos fundamentales, como se dispuso en la Sentencia SU-961 de 1999 al señalar que “*La tutela debe interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser procedente en cada caso concreto. De acuerdo con los hechos, el juez está encargado de establecer si la tutela se interpuso dentro de un tiempo prudencial y adecuado, de tal modo que no se vulneren derechos de terceros*”⁵.

De conformidad con los hechos expuestos por el accionante y la prueba allegada al proceso, el 5 de febrero de 2020, el señor ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO radicó ante el ICBF solicitud de aplicación de los artículos 6 y 7 de la ley 1960 de 2019, y en consecuencia, se proceda a su nombramiento en periodo de prueba y posesión en el cargo para el cual concursó. Petición que fue resuelta negativamente el pasado 7 de febrero de la misma data. Y la solicitud de amparo constitucional fue propuesta el 11 de marzo de 2020. Considerado lo anterior se concluye que la acción fue presentada dentro de un término razonable.

2.2.4 Subsidiariedad

⁵ Sentencia SU-961 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

El inciso tercero del artículo 86 de la Constitución establece el carácter subsidiario de la acción de tutela al señalar, que *“Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

En desarrollo de la norma constitucional, el numeral 1 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 reiteró que el amparo no procedería *“Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*, agregando además, que la eficacia del medio de defensa debe ser apreciada en concreto, atendiendo a las circunstancias del caso. Dentro de esta comprensión se ha aceptado la procedencia definitiva del amparo en aquellas situaciones en las que existiendo recursos judiciales, los mismos no sean idóneos para evitar la vulneración del derecho fundamental. Sobre el punto la Corporación ha afirmado lo siguiente:

“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional.”⁶

2.3 Problema jurídico a resolver

¿Las entidades accionadas COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo, acceso a cargos públicos, del accionante ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO, al no nombrarlo en un cargo igual a aquel para el que concursó y se encuentra en lista de elegibles, bajo el argumento que fue creado con posterioridad a dicha convocatoria?

2.4 Tesis del Despacho

El Despacho considera que las demandadas vulneran los derechos fundamentales del actor y de todos los integrantes de la lista de elegibles al no aplicar el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, bajo el argumento de la existencia del “Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019” reglamento que excede la norma de mayor jerarquía desarrollada, al condicionar las listas de elegibles vigentes a la fecha de la convocatoria

⁶ Sentencia SU-458 de 2010 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

del concurso, limitante que no establece la Ley y que desconoce principios constitucionales como el del mérito para acceder a cargos públicos. En consecuencia, se concederá el amparo deprecado por el actor.

III. Argumentos que sustentan la tesis y solución al caso concreto

3.1 Procedencia excepcional de la acción de tutela contra determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela procede en los eventos en que haya vulneración o posible amenaza de derechos fundamentales. Adicionalmente, establece que solo se podrá hacer uso de éste cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial o si existiendo, es utilizado como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Así entonces, la acción de tutela tiene un carácter residual y excepcional, y, por tanto, reconoce la validez de los recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos idóneos para la protección efectiva de derechos, *“sin embargo, la sola existencia de un medio alternativo de defensa judicial, no implica automáticamente la improcedencia de la acción de tutela”*⁷.

Se impone entonces al interesado la obligación de adelantar todos los medios ordinarios para la protección de sus derechos, ello atendiendo al carácter subsidiario de la acción de tutela, pues su falta de actuar y la falta injustificada de agotamiento de los medios ordinarios de defensa, generan la improcedencia de la acción de tutela.

Ahora bien, la Corte Constitucional con respecto a la procedencia de la tutela contra las determinaciones adoptadas en los procesos de selección de empleos públicos, en la sentencia T-180 del 16 de abril de 2015, indicó que en las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para que pueda controvertirlas, existen ocasiones en que las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos vulnerados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato judicial, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de dicha vulneración en el tiempo.

⁷ Sentencia T-367 de 2008.

En el mismo sentido se pronunció en la sentencia SU-913 de 2009, cuando señaló que:

“en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que, para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular.

Entonces, en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública y al trabajo.

Así las cosas, este Tribunal ha entendido que la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.”

Conforme a lo señalado, la Corte Constitucional ha considerado que la acción de tutela procede como mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público, cuando resulten afectadas con las decisiones que se emitan, pues, en algunos casos, las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para proteger los derechos fundamentales conculcados, debido a su complejidad y duración.

Bajo ese supuesto y atendiendo al hecho que en este caso se controvierten decisiones adoptadas al interior de un concurso de méritos, la presente acción resulta procedente, pues el actor goza de un derecho adquirido ya que hace parte de la lista de elegibles y se encuentra en un lugar donde puede ocupar una de las vacantes creadas, según el orden de elegibilidad, de otra parte, la vigencia del listado de elegibles esta próxima a su vencimiento, por lo que, teniendo en cuenta las actuaciones de las entidades accionadas, no permiten al actor esperar el trámite de una acción ordinaria que resuelva sobre su solicitud de nombramiento.

3.2 Derecho de acceso a cargos públicos

La Corte Constitucional se ha referido al derecho de acceso a los cargos públicos, prescrito en el numeral 7° del artículo 40 de la Constitución Política, así: *“El derecho a acceder a cargos públicos debe entenderse en el sentido de inmunizar a la persona contra las decisiones estatales que de manera arbitraria le impida acceder a un cargo público, a no ser desvinculado de manera arbitraria del mismo y, ocupando uno, que no se le impida arbitrariamente el ejercicio de sus funciones”*⁸.

⁸ Sentencia T-257 de 2012. Corte Constitucional

En este sentido, se debe buscar garantizar que a quien haya cumplido con lo requerido para participar en un concurso y haya logrado quedar dentro de la lista de elegibles, se le debe respetar lo adquirido, pues acorde con el artículo 58 de la Constitución, el estar en la lista de elegibles no es una mera expectativa sino un derecho adquirido que entra a formar parte del patrimonio de la persona beneficiada; situación que el Estado no puede desconocer actuando arbitrariamente.

3.3 Efectos inter comunis de las sentencias de tutela

Por lo general, las sentencias de tutela tienen efectos inter partes, es decir, que sólo afectan las situaciones particulares de los sujetos que intervienen en el proceso. Sin embargo, la H. Corte Constitucional ha señalado que, excepcionalmente, basado en la necesidad de brindar un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de los derechos fundamentales cuando la decisión del fallo de tutela afecta a personas que si bien no promovieron el amparo constitucional se ven afectadas por una situación de hecho o de derecho de una autoridad o de un particular, los efectos deberán ser inter comunis⁹.

En efecto, la Alta Corporación¹⁰ señaló lo siguiente:

“Con el fin de garantizar el derecho a la igualdad entre las personas a las que se les conculcan sus derechos fundamentales y acuden a la acción de tutela y aquellas que a pesar de encontrarse en la misma situación no tienen la calidad de accionantes, es preciso que la decisión del juez de tutela sea uniforme y tenga los mismos efectos para unos y otros. Así entonces, para dictar fallos con efectos inter comunis deben observarse los siguientes requisitos: (i) que la protección de los derechos fundamentales de los peticionarios atente o amenace con atentar contra los derechos fundamentales de los no tutelantes; (ii) que quienes no acudieron a la acción de tutela y los accionantes se encuentren en condiciones objetivas similares; y (iii) que con la adopción de este tipo de fallo se cumplan fines constitucionales relevantes tales como el goce efectivo de los derechos de la comunidad y el acceso a la tutela judicial efectiva.”¹¹

Incluso, con el propósito de salvaguardar la supremacía del orden superior la misma Corporación señaló que, por medio de los efectos inter comunis se podría incluso: *“... dejar sin valor decisiones judiciales adoptadas frente a ciertos problemas jurídicos específicos, para en su lugar: (i) reconocer prerrogativas a determinadas personas que previamente habían acudido ante las autoridades jurisdiccionales y habían recibido una respuesta negativa, o (ii) revocar derechos reconocidos a individuos que los habían obtenido en fallos expedidos dentro de otros procesos de tutela u ordinarios.”¹²*

3.4 Reglas del concurso convocado por el ICBF

⁹ Sentencia del 18 de noviembre de 2019. Tribunal Contenciosos Administrativo del Valle del Cauca. Radicación. 76001333302120190023401

¹⁰ Sentencia T-946 del 2011. M.P. María Victoria Calle Correa

¹¹ Sentencia T-088 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

¹² Sentencia SU-037 de 2019. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

3.4.1 Ley 909 de 2004

Expide normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y gerencia administrativa.

En su artículo 11, literal a), dispone que, dentro de las funciones de la CNSC, está el establecer los lineamientos generales que deben desarrollarse en los procesos de selección, mediante los cuales se busque proveer empleos de carrera administrativa.

Así mismo, en el literal e) del mismo artículo, se estipula que la CNSC, debe conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles, y en el literal f), que la misma entidad debe remitir a las entidades que hacen parte de determinada convocatoria, ya sea de oficio o a solicitud de aquellas, las listas de las personas con las cuales deben proveer los empleos de carrera administrativa que se encuentren vacantes definitivamente.

3.4.2 Ley 1960 de 2019

Modifican la Ley 909 de 2004 y el Decreto Ley 1567 de 1998. Modificó la provisión de empleos, al disponer:

“ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

“ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:

1. (...)

4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.”

Estableciendo en su artículo 7º que esta ley rige a partir de su publicación -27 de junio de 2019-, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

3.4.3 Acuerdo No. CNSC - 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016¹³

Convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF, en cuyo Capítulo VI regula lo concerniente a la Lista de Elegibles y en relación con su firmeza dispuso:

¹³ Página web <https://grupogear.com/co/normatividad/convocatoria-433-icbf/acuerdo-cnsc-20161000001376-5-septiembre-2016/>

“ARTÍCULO 62°. FIRMEZA DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. La firmeza de la lista de elegibles se produce, cuando vencidos los cinco (5) días hábiles siguientes a su publicación en la página web www.cnsc.gov.co y/o enlace: SIMO a su equivalente, Convocatoria No. 433 de 2016 ICBF, no se haya recibido reclamación alguna ni solicitud de exclusión de la misma, en consonancia con lo previsto en el artículo 55° del presente Acuerdo, o cuando las reclamaciones interpuestas en términos hayan sido resueltas y la decisión adoptada se encuentre ejecutoriada.

Una vez en firme las listas de elegibles, la CNSC remitirá al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, los actos administrativos por medio de los cuales se conforman las listas de elegibles para los diferentes empleos convocados y los publicara en la página web www.cnsc.gov.co y/o enlace: SIMO o su equivalente, Convocatoria N°. 433 de 2016 ICBF, la cual constituye el medio oficial de publicación para todos los efectos legales.

PARÁGRAFO: Las listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la OPEC de esta Convocatoria, con fundamento en lo señalado en el Decreto 1894 de 2012, mientras este se encuentre vigente.

ARTÍCULO 63°. RECOMPOSICIÓN DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. Las listas de elegibles se recompondrán de manera automática, una vez los elegibles tomen posesión del empleo en estricto orden de mérito, o cuando estos no acepten el nombramiento o no se posesionen dentro de los términos legales, o sean excluidos de la lista con fundamento en lo señalado en los artículos 55° y 56° del presente Acuerdo.

ARTÍCULO 64°. VIGENCIA DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. Las listas de elegibles tendrán una vigencia de dos (2) años a partir de su firmeza.”

3.4.4 Resolución No. CNSC 20182020051495 del 22 de mayo de 2018¹⁴,

Mediante la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo con código OPEC No. 39147, denominado Profesional Especializado, código 2028, grado 15 del sistema general de carrera administrativa del ICBF ofertado en el marco de la convocatoria No. 433 de 2016. En ella, el accionante Andrés Mauricio Jaramillo Vallejo, ocupó el puesto 3.

3.4.5 Decreto 1479 de 4 de septiembre de 2017¹⁵

Mediante el cual se crearon 94 cargos de Profesional Especializado, Código 2028 Grado 15¹⁶, en cuyo artículo 6° estableció: “Los empleos que se crean en el presente decreto deberán proveerse siguiendo el procedimiento señalado en la Ley 909 de 2004 y en las normas que la modifiquen adicionen, sustituyan o reglamenten”.

3.5 Caso concreto

¹⁴ Folios 22 a 24 del expediente

¹⁵ Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras” y se dictan otras disposiciones.

¹⁶ Artículo 2° Decreto 1479 de 2017

El señor Andrés Mauricio Jaramillo Vallejo acudió al ejercicio de la acción constitucional de tutela para obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos, que considera han sido vulnerados por las entidades accionadas al desconocer la lista de elegibles elaborada por y conformada por la CNSC, y no nombrarlo y posesionarlo en uno de los 94 cargos de carácter permanente creados mediante Decreto No. 1479 de 2017 posterior a la Convocatoria No. 433 de 2016 en el ICBF .

El ICBF en su contestación a esta acción constitucional, indicó que se publicó la lista de elegibles que adquirió firmeza el 6 de junio de 2018, y procedió al nombramiento en período de prueba de quien ocupó el primer puesto en la lista de elegibles.

En principio podría aducirse que no le asiste derecho al señor ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO de ser nombrado y posesionado en el cargo de Profesional Especializado del ICBF, código 2028, grado 15, toda vez que el único empleo vacante y ofertado en la convocatoria, fue debidamente ocupado por la persona que tuvo mejor posición en la lista de elegibles, quedando el actor con una mera expectativa de ser nombrado en dicho cargo, máxime cuando solo existía una sola vacante.

Empero, el 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960 que privilegia la carrera administrativa, teniendo como propósito principal *“dotar a las entidades y organismos del Estado de normas claras y homogéneas en cuanto a ascensos dentro de la carrera, la movilidad, el encargo y la capacitación, para bien de los empleados de carrera y de aquellos que tienen la responsabilidad de conducir y administrar este personal al interior de las organizaciones públicas”*.¹⁷

La norma en comento, en su artículo 6 modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, agregando que además de cubrir las vacantes para las cuales se efectuó el concurso, con la lista de elegibles, se cubrirán también las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.

Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1479 del 4 de septiembre de 2017 que suprimió 12 cargos de carácter temporal cuya denominación era Profesional Especializado, código 2028, grado 15 (art. 1 literal B) y creó 94 cargos con la misma denominación, código y grado, de carácter permanente (art. 2). Así mismo, determinó que dichos cargos debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en el

¹⁷ Primer debate en la Cámara de Representantes el proyecto de ley de iniciativa gubernamental, que busca modificar la Ley 909 de 2004. Gaceta del Congreso ISS No. 123 – 9066. Gaceta del Congreso 289 jueves, 2 de mayo de 2019 Página 11

decreto ley 909 de 2004, cuando ya estaba vigente la modificación introducida por la Ley 1960 de 2019.

En concordancia con lo anterior, la CNSC el 16 de enero de 2020¹⁸, emitió el Criterio Unificado relacionado con el uso de las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, determinando que era procedente dar aplicación a la norma frente a las listas de elegibles que se habían aprobado antes de su expedición y que aún se encuentran vigentes.

*“De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas la que sean expedidas en el marco de los procesos de selección **aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019**, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC – de la respectiva convocatoria **y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “mismos empleos”** entiéndase, con igual denominación, códigos, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.”¹⁹*

En el caso bajo examen, se observa que la Convocatoria No. 433 de 2016, inició con el Acuerdo No. 20161000001376 de 2016, y culminó con la expedición de la Resolución No. CNSC-20182020051495 del 22 de mayo de 2018, mediante la cual se conformó la lista de elegibles para proveer una vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39147, denominado Profesional Especializado Código 2028, Grado 15, la que según su artículo quinto tiene una vigencia de 2 años contados a partir de la fecha de su firmeza, por lo que vence en junio del año que avanza. En el transcurso de su vigencia, puntualmente, el 27 de junio de 2019 se profirió la Ley 1960 que empezó a regir desde la misma fecha, por lo que es aplicable a la lista de elegibles antes mencionada, puesto que a través del Decreto 1479 del 4 de septiembre de 2017, se crearon 94 cargos con igual denominación, código y grado, y de los cuales algunos fueron creados en la misma ubicación geográfica, por lo que se cumple con los requisitos establecido en la referida normatividad y en tal sentido debe usarse dicha lista para proveer los antedichos cargos creados.

Si bien el ICBF argumenta que se encuentra adelantando las acciones tendientes a dar cumplimiento al criterio unificado proferido por la CNSC el pasado 16 de enero de 2020, reportando los empleos de carrera administrativa que se encuentran vacantes de forma definitiva, señala también que la entidad sólo podrá acceder de manera favorable a este tipo de solicitudes previa autorización por parte de la Comisión y una vez adelante el correspondiente estudio. A su turno, la CNSC señala que frente a la posibilidad de usar las listas de elegibles para proveer los empleos cuya vacancia definitiva surgió con

¹⁸ Ver folio 59 del expediente

¹⁹ <https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos>

posterioridad a la aprobación del Acuerdo de la convocatoria de su interés, dicha provisión podrá hacerse sólo para empleos iguales y previa solicitud expresa por parte del ICBF, quien además deberá apropiar y cancelar el costo previsto para la utilización de las listas de elegibles, por lo que la entidad nominadora deberá elevar la respectiva solicitud mediante oficio dirigido a esa Comisión Nacional, previo reporte de dicha OPEC en SIMO, y a su vez, la CNSC procederá a verificar las listas vigentes de la Entidad, que cumplan con las características del empleo solicitado, con el fin de autorizar los nombramientos en periodos de prueba de los elegibles que por estricto orden de mérito les asiste derecho.

De acuerdo a lo anterior, no existe claridad si el ICBF ya empezó con el proceso para solicitar el uso de la lista de elegibles de que trata el presente asunto, y si la CNSC se encuentra también adelantando dicho trámite, pues de lo argumentado y las pruebas obrantes en el plenario, se puede establecer que aún no se ha dado cumplimiento a la normatividad antes indicada, por lo efectivamente se están vulnerando los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo e igualdad invocados por el accionante y los demás integrantes de la mencionada lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182020051495 de 22 de mayo de 2018.

Corolario a lo expuesto, se concederá el amparo constitucional deprecado por el actor, sin desconocer, en ninguna medida el derecho de la persona que ocupa el 2º puesto en la lista de elegibles tantas veces referenciada.

En tal sentido, el Despacho considera que, todas las personas que hacen parte de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182020051495 de 22 de mayo de 2018, para el empleo identificado con el Código OPEC No. 39147, denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 15, ofertado en el marco de la Convocatoria 433 de 2016-ICBF, se encuentran bajo las mismas situaciones fácticas y jurídicas que el accionante Andrés Mauricio Jaramillo Vallejo. Por ello, y en aras de proteger los derechos aquellos participantes, es imperativo proferir un fallo con efectos *inter comunis*, que proteja los derechos fundamentales de todos los integrantes de la lista. Sin embargo, es acertado precisar que el artículo 61 del Acuerdo No. CNSC-20161000001376 del 05 de septiembre de 2016²⁰, reglamentario de la convocatoria No. 433 del 2016, estableció como únicas modificaciones posibles a la lista de elegibles, aquellas que obedecieren a errores aritméticos en la sumatoria de puntajes, o como producto de correcciones en los resultados, datos o reclamaciones. Situaciones que no se presentan en este asunto, por ello, las personas

²⁰ Página web <https://grupoguard.com/co/normatividad/convocatoria-433-icbf/acuerdo-cnsc-20161000001376-5-septiembre-2016/>

que hacen parte de la lista de elegibles y que ostentan mejor posición que el accionante, no podrán ser afectadas.

En consecuencia, se ordenará al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, reporte las vacantes de la OPEC correspondiente o actualice la existente en el sistema SIMO y solicite ante la CNSC el uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182020051495 de 22 de mayo de 2018, para el empleo identificado con el Código OPEC No. 39147, denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 15, ofertado en el marco de la Convocatoria 433 de 2016-ICBF, con el fin de proveer las vacantes definitivas existentes en la entidad que corresponden a los mismos empleos, incluyendo las creadas mediante Decreto 1479 de 2017.

De igual manera, se ordenará a la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL que en el momento en que el ICBF solicite el uso de la lista de elegibles antes mencionada, previa verificación y conformación de la misma, emita su correspondiente autorización y proceda a remitir la lista de elegibles a dicha entidad, cuyo proceso no podrá exceder el término de un mes contado partir del cumplimiento de los cinco (5) días antes otorgados.

Finalmente, se ordenará al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR que en el término de cinco (5) días contados a partir del recibo de la lista de elegibles enviada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, efectúe los trámites administrativos necesarios para el nombramiento y posesión en periodo de prueba de los integrantes de la lista en estricto orden de mérito.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE PASTO, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos del señor ANDRÉS MAURICIO JARAMILLO VALLEJO, y de todos los integrantes de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182020051495 del 22 de mayo de 2018, protección que se registra frente a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y el INSTITUTO COLOMBIANO DE

BIENESTAR FAMILIAR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- En consecuencia, se emiten las siguientes **ÓRDENES** a las entidades accionadas:

- 1. Al Director y/o Representante legal o quien tenga facultad de cumplir lo decidido del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR,** que dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, reporte las vacantes de la OPEC correspondiente o actualice la existente en el sistema SIMO, y solicite ante la CNSC el uso de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182020051495 del 22 de mayo de 2018 para el empleo identificado con el Código OPEC No. 39147, denominado Profesional Especializado, Código 2028, Grado 15, ofertado en el marco de la Convocatoria 433 de 2016-ICBF; con el fin de proveer las vacantes definitivas existentes en la entidad que corresponden a los mismos empleos, incluyendo las creadas mediante Decreto 1479 de 2017.
- 2. Al Director y/o Representante legal o quien tenga facultad de cumplir lo decidido de la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL,** que en el momento en que el ICBF solicite el uso de la lista de elegibles mencionada en el numeral anterior, previa verificación y conformación de la misma, emita su correspondiente autorización y proceda a remitir la lista de elegibles a dicha entidad. Este proceso no podrá exceder el término de un (1) mes contado partir del cumplimiento de los cinco (5) días otorgados en el numeral anterior.
- 3. Al Director y/o Representante legal o quien tenga facultad de cumplir lo decidido del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR** que en el término de cinco (5) días contados a partir del recibo de la lista de elegibles remitida por la *Comisión Nacional del Servicio Civil*, efectúe los trámites administrativos necesarios para el nombramiento y posesión en periodo de prueba de los integrantes de la lista en estricto orden de mérito.

TERCERO.- La presente decisión tiene efectos *inter comunis* para todas aquellas personas que conforman la lista de elegibles contenida en la Resolución No. CNSC-20182020051495 del 22 de mayo de 2018.

CUARTO.- NEGAR la solicitud de coadyuvancia presentada por el señor *Manuel Orlando Mena Zapata*, por la razón expuesta en la parte motiva de ésta sentencia.

QUINTO.- Contra esta providencia procede el recurso de impugnación ante el inmediato superior, que debe interponerse en el término de tres (3) días siguientes a su notificación.

SEXTO.- En firme la sentencia, remítase el expediente ante la Honorable Corte Constitucional en Santafé de Bogotá D. C., para su eventual revisión.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Original firmado)
ADRIANA LUCÍA CHAVES ORTIZ
Juez Séptima Administrativa



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA

Tunja, cinco (05) de febrero de dos mil veinte (2020)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación No: 150013333012 – 2020 – 0007 – 00
Accionante: FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ
Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF – y COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL.

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela, interpuesta por el señor **FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ** contra el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF** y **LA COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL**, por la presunta vulneración a sus derechos y garantías fundamentales al acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos que dan lugar a la acción

El accionante manifestó que se desempeñó como supernumerario del ICBF en el cargo de Defensor de Familia desde el 16 de marzo de 2016 hasta agosto de 2017 cuando fue nombrado en provisionalidad, nombramiento que finalizó el 07 de enero de 2019 con ocasión de la posesión de quien superó el concurso de méritos convocado mediante acuerdo No. 20161000001 del 05 de septiembre de 2016.

Señaló que mediante acuerdo No. 20161000001 del 5 de septiembre de 2016, La Comisión Nacional del Servicio Civil, ahora CNSC, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF y mediante resolución No. CNSC-20182230072575 del 17 de julio de 2018 se conformó la lista de elegibles, donde ocupó el puesto 16, lista que tiene una vigencia de dos años a partir de su firmeza.

Refirió que mediante resolución No. 11454 del 06 de diciembre de 2019 se nombró en periodo de prueba a ALEXANDRA CONSTANZA PIRAZÁN ÁVILA quien ocupaba el puesto 15 en la lista de elegibles y que el 22 de noviembre de 2018 la CNSC expidió la resolución No. CNSC-20182230156785 que revocó el artículo 4 de los actos administrativos que contienen la lista de elegibles, motivo por el cual el ICBF no pudo utilizar la lista contenida en la resolución CNSC-20182230072575 del 17 de julio de 2018, donde el accionante está en turno de opción ante el nombramiento de quienes ocuparon las primeras quince casillas.

Señaló que ante la expedición del decreto No. 1479 de 2017 el ICBF expidió la resolución No. 7746 por medio de la cual se distribuyen los cargos de planta de personal del ICBF, creando 5 cargos denominados Defensor de Familia, código 2125 grado 17, para el ICBF-Regional Boyacá, y mediante resolución No. 7781 hizo unos nombramientos en provisionalidad de los cuales fueron previstos tres cargos quedando dos vacantes.

Manifestó que en uno de los tres cargos previstos nombraron al señor LUIS FERNANDO HAMON NARANJO, como defensor de familia, código 2125, grado 17 asignado al centro zonal Tunja 2, quien ocupa el puesto 20 de la lista de elegibles conformada mediante resolución No. CNSC- 20182230072575 del 17 de julio de 2018, en la cual el accionante ocupa el puesto 16 y en la que está en turno para ser nombrado.

Que el 04 de diciembre de 2018 la CNSC expidió la resolución No. CNSC-20182230162005 "Por la cual declara desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 150013333012-2020-0007-00
 Accionante: FABIAN ORLANDO OFIZELA RAMIREZ
 Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF - COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL

convocatoria No. 433 de 2016" y que el 01 de agosto de 2019 aprobó y expidió criterio de unificación sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, unificación que fue aclarada el 22 de noviembre de 2019.

Señaló que con fundamento en la Ley 1960 de 2019, el criterio de unificación de la CNSC y su aclaración, radicó ante el ICBF y la CNSC derechos de petición de fecha 04 y 11 de diciembre de 2019, donde solicitó al ICBF realizara la actuación administrativa correspondiente y solicitara a la CNSC autorización del uso directo de la lista de elegibles, para que el ICBF lo nombrara en periodo de prueba en el cargo de defensor de Familia código 2125, grado 17, asignado al centro zonal Tunja 2, ya que existía la vacante definitiva creada con posterioridad a la convocatoria 433 de 2016, que se encontraba con una persona nombrada en provisionalidad, peticiones que fueron negadas argumentando que no les es aplicable la Ley 1960 de 2019, ya que los acuerdos de la convocatoria 433 de 2016, fueron aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, por lo que no tiene derecho a ser nombrado en periodo de prueba.

Manifestó que el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle al resolver la impugnación de acción de tutela en un caso similar, sostuvo que por encontrarse vigente la lista de elegibles al momento de la expedición de la ley 1960 de 2019 le es aplicable el artículo 6 de la misma norma.

2. Objeto de la acción.

Con fundamento en los hechos relacionados, de manera literal solicita como pretensiones las siguientes:

PRIMERO: Tutelar los derechos fundamentales al acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso en consecuencia;

SEGUNDO: Ordenar al ICBF que mediante comunicación solicite a la Comisión Nacional de Servicio Civil el uso directo de la lista de elegibles, conformada mediante resolución No. CNSC- 20182230072575 del 17-07-2018, para que me nombre en periodo de prueba en la vacante surtida en provisionalidad que hay del cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal Tunja 2, lo anterior dando aplicación a lo consagrado en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

TERCERO: Ordenar a la Comisión Nacional de Servicio Civil que autorice al ICBF, el uso directo de la lista de elegibles, para que el ICBF me nombre en periodo de prueba en la vacante surtida en provisionalidad que hay del cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal Tunja 2, lo anterior dando aplicación a lo consagrado en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

CUARTO: Ordenar a la Comisión Nacional de Servicio Civil, que emita correspondiente resolución, donde se establece el pago que el ICBF debe hacer por el uso de la lista de elegibles, conformada mediante resolución No. CNSC- 20182230072575 del 17-07-2018, para que me nombre en periodo de prueba en la vacante surtida en provisionalidad que hay del cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal Tunja 2.

QUINTO: Una vez se realice el pago por parte del ICBF a la Comisión Nacional de Servicio Civil y se emita la autorización de mi nombramiento, el ICBF me nombre en periodo de prueba en la vacante surtida en provisionalidad que hay del cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal Tunja 2.

SEXTO: En conclusión se ordene al ICBF y a la CNSC, adelantar todas las actuaciones administrativas necesarias para que me nombren en periodo de prueba en el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal Tunja 2, lo anterior dando aplicación a lo consagrado en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019".

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

- INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF (fls.95-119)

A través de mensaje de datos recibido del 27 de enero de 2020, el abogado EDGAR LEONARDO BOJACÁ CASTRO, en calidad de jefe de la oficina jurídica del ICBF manifestó que advierte la improcedencia de la presente acción de tutela por no cumplir con los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, subsidiariedad y perjuicio irremediable, puesto que el 23 de julio de 2018 se publicó lista de elegibles donde el accionante ocupó la posición No. 16, la cual no fue cuestionada sino las actuaciones que

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 150913353012-2020-0007-00
 Accionante: FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ
 Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF - y COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL.

surgieron con posterioridad es decir las respuestas emitidas por el ICBF y la CNSC a las peticiones elevadas en agosto y diciembre de 2019 relacionadas con la posibilidad de usar la lista de elegibles para proveer cargos creados con posterioridad a la convocatoria 433 de 2016.

Refirió que el actor cuenta con los medios de control previstos en la ley 1437 de 2011 para controvertir tales actuaciones específicamente a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Dijo que se exige la aplicación retrospectiva de una norma de carácter general, esto es la Ley 1960 de 2019, la cual se expidió casi 1 año después de haberse publicado la lista de elegibles, frente a lo cual el accionante cuenta con la acción de cumplimiento para ventilar tal pretensión.

Señaló que la Ley 1960 de 2019 no es aplicable en el presente caso, como quiera que esta se rige a futuro y, por ende, no puede cobijar los acuerdos de convocatoria aprobados antes de su entrada en vigencia, esto es, antes del 27 de junio de 2019, más aun cuando la lista de elegibles en la que se encuentra el accionante - resolución 20182230072575 del 17 de julio de 2018, cobró firmeza el 31 de julio del mismo año, es decir casi 1 año antes de expedirse la nueva norma, por lo que la situación jurídica del accionante no se hubiese consolidado bajo la normatividad anterior.

Manifestó que aunque el actor hace referencia al fallo de tutela del Tribunal Administrativo del Valle del Cauca resuelto a favor de la señora Jessica Lorena Reyes Contreras por hechos similares a los alegados en esta acción constitucional, fallo que no ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional pues se encuentra surtiendo el trámite de revisión ante la Corte Constitucional. En todo caso, existen otras decisiones judiciales en las que los jueces han denegado el amparo impetrado en relación con la controversia jurídica planteada, por lo que no se configura un precedente unificado y reiterado sobre la materia.

Refirió que el ICBF hizo los respectivos nombramientos de la lista de elegibles, en estricto orden de lista, habiéndose nombrado a las personas que ocuparon los primeros lugares, y que el accionante no tiene derecho a ser nombrado en propiedad para el cargo al que aspira cuando este solo tiene 12 vacantes, tampoco puede ser nombrado en cargos diferentes a los ofertados a través de la OPEC 34262, para el cual se inscribió y no en otros adicionales lo que implicaría una extralimitación en el ejercicio de funciones de la entidad nominadora.

Conforme a lo anterior el apoderado solicitó declarar improcedente el amparo impetrado por el señor FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ y en caso de estimarse procedente negar la acción constitucional al no advertirse violación a los derechos fundamentales del accionante.

- COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (ffs. 120-132)

A través de mensaje de datos recibido el 27 de enero de 2020, la CNSC, a través del asesor jurídico encargado, contestó la acción constitucional manifestando que el accionante no puede a través de la acción de tutela acceder a un cargo para el cual no concursó y cuyos derechos no ganó en mérito, lo que implicaría el desconocimiento no sólo de las reglas del proceso de selección sino la violación de los principios constitucionales de acceso a cargos públicos por mérito, igualdad, legalidad y transparencia.

Señaló que es cierto que el señor FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ, participó en el concurso de méritos convocado mediante acuerdo No. 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016 para el empleo identificado con el código OPEC No. 34262, una vez superadas las fases del concurso se publicó la resolución No. CNSC-20182230072575 del 17 de julio de 2018, en el cual el accionante ocupó el lugar No. 16 con un puntaje de 73,52, acto administrativo que fue remitido al ICBF, para que realizara los nombramientos conforme al número de vacantes ofertadas para esa OPEC.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 150013533010-2720-2007-00
 Accionante: FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ
 Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF) y COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL

Que el 16 de enero de 2020 se expidió el criterio "uso de lista de legibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019", el cual menciona que la lista de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de julio de 2019, deberán usarse dentro de su vigencia para proveer:

- Las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera-OPEC de la respectiva convocatoria.
- Para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos.

Manifestó, que para hacer uso de listas de elegibles sobre los mismos empleos ofertados, deberá mediar solicitud expresa por parte de la entidad, quien además deberá apropiarse y cancelar el costo previsto para el uso de las listas de elegibles establecido en la resolución No. 0552 del 21 de marzo de 2014, posteriormente la CNSC procederá a verificar las listas vigentes de la entidad.

Refirió que ante un eventual caso que el ICBF, a la fecha, disponga de vacantes con la misma denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito y funciones, deberá registrarlas en SIMO y expedir el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal y solicitar a la CNSC el uso de listas con cobro, para que se autorice dicho uso y se provean definitivamente las vacantes existentes, de conformidad con la Ley 1960 de 2019.

Arguyó que la CNSC no tiene competencia frente a la administración de plantas de personal, por lo que las acciones tendientes a un eventual nombramiento del accionante, corresponden al ICBF, reiteró que desconoce que dicha entidad disponga de vacantes con la misma descripción del empleo en el cual participó el accionante.

Dijo que la convocatoria 433 del ICBF inició con la expedición del acuerdo 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016, es decir que para la fecha de expedición de la ley 1960 de 2019, la convocatoria del ICBF ya se encontraba en ejecución y por consiguiente ya estaba ofertado el empleo de nivel profesional, denominado profesional universitario, grado 11, código 2044, identificado con el código OPEC No. 39544, por lo que las listas producto de dicho concurso solo podrán ser utilizadas para la provisión definitiva de las vacantes inicialmente ofertadas. Por lo que no es procedente aplicar la retrospectividad de la Ley 1960 de 2019.

Finalmente solicitó declarar la improcedencia de la presente acción.

- LUIS FERNANDO HAMON NARANJO (fls. 173 -235)

El 30 de enero de 2020, el señor LUIS FERNANDO HAMON NARANJO, en su condición de vinculado al proceso de la referencia manifestó que mediante decreto 2138 del 22 de diciembre de 2016, el Gobierno Nacional aprobó la creación de una planta global de carácter temporal del ICBF, para lo cual la entidad convocó a concurso interno No. PT-DF-001 para proveer el cargo de defensor de familia código 2125 grado 17, dentro del cual ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles de dicha convocatoria, sin que el primero de la misma, se hubiera posesionado, por lo que fue nombrado en provisionalidad en dicho cargo, a través de la resolución No. 1372 del 09 de marzo de 2017, nombramiento que fue prorrogado a través de la resolución No. 778 del 05 de septiembre de 2017, al crearse de manera definitiva el cargo para el cual había concursado, por cumplir con el perfil.

Señaló que en la actualidad cuenta con 56 años, es padre de 2 hijos, DANIEL FERNANDO HAMON OVALLE, quien padece trastorno esquizoafectivo de tipo bipolar, patología mental crónica e irreversible, quien depende exclusivamente de él toda vez que su señora madre LUZ AMERICA OVALLE GARCÍA, falleció el 20 de agosto de 2019, además es padre de NATALIA SOFIA HAMON RUGELES, quien padece de epilepsia mioclónica juvenil, y requiere medicación permanente, por lo que si es desvinculado de su cargo se vería afectado su mínimo vital y el de su familia.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 150013333012 – 2020 – 0007 – 00
 Accionante: FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ
 Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF) y COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL

Señaló que aunado a ello se encuentra pagando créditos por valor de \$57.548.130, por lo que necesita el empleo para su subsistencia y la de su familia.

Dijo que el accionante se encuentra vinculado al ICBF como supernumerario, por lo que no se le está vulnerando el derecho al trabajo.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Problema jurídico.

Corresponde al Despacho establecer la procedencia del amparo constitucional interpuesto por el señor FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ en contra de la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a fin de que se aplique la ley 1960 de 2019, a pesar de que su proceso de selección estuvo regido por la normatividad anterior esto es Ley 909 de 2004 y Decreto 1894 de 2012.

En caso afirmativo establecer si se advierte la vulneración de los derechos y garantías fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso por parte de las entidades accionadas al no haber efectuado el respectivo nombramiento pese a que el accionante en este momento se encuentra en turno para nombramiento de la respectiva lista de elegibles, bajo el argumento que los cargos vacantes fueron creados con posterioridad a la convocatoria.

A fin de desatar dicho cuestionamiento, el Despacho seguirá la siguiente metodología: i) procedencia de la acción de tutela, ii) Derecho al acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, iii) Derecho a la igualdad, y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa, y iv) caso concreto.

(i). Procedencia de la acción de tutela.

El artículo 86 constitucional consagró la acción de tutela como un mecanismo residual para la protección de derechos, dado que su procedencia está supeditada a que el afectado carezca de otro medio de defensa judicial¹, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable².

El carácter subsidiario de la acción de tutela impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios para la protección de sus derechos fundamentales. Este imperativo constitucional pone de relieve que para solicitar el amparo de un derecho fundamental, el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios, pero también que la falta injustificada de agotamiento de los recursos legales deviene en la improcedencia de la acción de tutela.

En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que el juez debe analizar, en cada caso concreto, si los otros mecanismos judiciales disponibles permiten ejercer la defensa de

¹ En Sentencia T-507 de 2012 se reiteró: "El alcance de esta disposición constitucional fue precisado por el artículo 6º del Decreto 1591 de 1991, precepto que al regular la procedencia de la acción de tutela consagra en su numeral primero que ésta no procederá cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante".

² En Sentencia T-753 de 2006, este Tribunal señaló que "la acción de tutela ha sido concebida únicamente para dar solución eficiente a situaciones de hecho creadas por actos u omisiones que implican la transgresión o la amenaza de un derecho fundamental, respecto de las cuales el sistema jurídico no tiene previsto otro mecanismo susceptible de ser invocado ante los jueces a objeto de lograr la protección del derecho; es decir, tiene cabida dentro del ordenamiento constitucional para dar respuesta eficiente y oportuna a circunstancias en que, por carencia de provisiones normativas específicas, el afectado queda sujeto, de no ser por la tutela, a una dura indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesionó su derecho fundamental. De allí que, como lo señala el artículo 86 de la Constitución, tal acción no sea procedente cuando exista un medio judicial apto para la defensa del derecho transgredido o amenazado, a menos que se la utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: T-300-8333010-1-100-0007-00
 Accionante: FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ
 Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICEBF – / COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL.

los derechos constitucionales fundamentales de los individuos, logrando su protección efectiva e integral³.

Ahora bien, en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, en algunos casos las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces⁴ para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes⁵ y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo⁶.

Sobre el particular, en la Sentencia SU-913 de 2009 se determinó que: *"en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera se ha comprobado que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirla por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular"*.

En sentencia T-180 de 16 de abril de 2015 precisó:

*"[...] Ahora bien en lo que se refiere a las decisiones que se adoptan dentro de un concurso de méritos, esta Corporación ha sostenido que si bien los afectados pueden acudir a las acciones señaladas en el Estatuto Procesal Administrativo para controvertirlas, **en algunos casos los vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo.**"*

Así las cosas, este Tribunal ha entendido que la acción de tutela es un **mecanismo excepcional** de defensa de los derechos fundamentales de las personas participen en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunta desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales (...)” (Subraya y negrilla fuera del texto original)

De igual forma, en la sentencia SU-133 del 02 de abril de 1998, la Corte indicó que en algunas ocasiones los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concursos para acceder a cargos. Afirmó la referida providencia:

"Así las cosas, esta corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas de las personas acreedoras a un nombramiento en cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso no encuentra solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos tramites más dispendiosas y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo

Respecto de la idoneidad y eficacia del instrumento judicial ordinario, en Sentencia T-569 de 2011 se indicó que: *"no deberia (...) tutela extinguirse la controversia puesta a su consideración (i) puede ser ventilada a través de otros mecanismos judiciales y (ii) si a pesar de existir formalmente, aquellos son o no suficientes para proveer una respuesta material y efectiva a la disputa puesta a su consideración. (...) no es suficiente para excluir a tutela, la mera existencia formal de otro procedimiento o trámite de carácter judicial. Para que ello ocurra es indispensable que un mecanismo sea idóneo y eficaz, con miras a lograr la finalidad específica de **brindar inmediata y plena protección** a los derechos fundamentales, de modo que su utilización asegure los efectos que se lograrían con la acción de tutela. No podría oponerse un medio judicial que colapsara al afectado en la obligación de tener que **esperar por varios años** mientras sus derechos fundamentales están siendo violados"*.

En la Sentencia T-507 de 2012 se indicó al respecto: *"Para la Corporación es claro que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo, debido proceso y, al acceso y participación en cargos públicos, que se presenta cuando las autoridades públicas desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos, no se resuelve por medio del mecanismo ordinario, puesto que éste implica un trámite, dispendioso y demorado frente a una situación que requiere una solución inmediata" para la efectiva protección del principio de carrera consagrado en el artículo 125 de la Constitución Política. (...) En conclusión, (...) la tutela es procedente aunque exista otro mecanismo de defensa. Dicho procedimiento excluye la subsidiariedad de la tutela, todo que, al no ser un estudio de medio de defensa principal ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, se encuentra que el mismo no es eficaz ni idóneo para la protección inmediata de los derechos y para garantizar la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución Política"*.

³ Sentencia SU-961 de 1999.

⁴ Sentencia T-556 de 2010.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-180 de 16 de abril de 2015, MP Jorge Iván Palacio.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 150013333012-2020-0007-00
 Accionante: FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ
 Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF - y COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL

La violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata"

La sentencia T-160 de 2018, también señaló la procedencia excepcional de la acción de tutela en el concurso de méritos cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, este no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable.

"Esta sala de revisión encuentra que la acción de amparo constitucional se convierte en el mecanismo idóneo de defensa judicial para resolver la controversia sometida a revisión, por una parte, por que las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que pretende demostrar que la aplicación de estas normas en su caso concreto lesionan sus derechos fundamentales"

Entonces, en ciertas circunstancias los mecanismos judiciales de defensa existentes en el ordenamiento jurídico para impugnar las decisiones adoptadas dentro de un trámite de concurso de méritos, debido a su complejidad y duración, carecen de idoneidad y eficacia para proteger los derechos fundamentales al acceso a la función pública, al debido proceso y al trabajo.

La Corte ha resaltado que la provisión de empleos a través de concurso busca la satisfacción de los fines del Estado y garantiza el derecho fundamental de acceso a la función pública. Por ello, la elección oportuna del concursante que reúne las calidades y el mérito asegura el buen servicio administrativo y requiere de decisiones rápidas respecto de las controversias que surjan entre los participantes y la entidad⁴.

Así las cosas, la acción de tutela es un mecanismo excepcional de defensa de los derechos fundamentales de las personas que participan en un proceso de selección de personal público y son víctimas de un presunto desconocimiento de cualquiera de sus derechos fundamentales.

Ahora bien, este estrado judicial encuentra que la acción de amparo constitucional se convierte en el mecanismo idóneo de defensa judicial para resolver la controversia en estudio, pues las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que pretende es el respeto por la garantía fundamental del debido proceso al considerar que la ley 1960 de 2019 se debe aplicar en su caso concreto, para ser nombrado y posesionado en el empleo denominado defensor de familia código 2125 grado 17 del Instituto Colombiano de Bienestar familiar, cargo para el cual concurso y aprobó cada una de las etapas del concurso.

ii) Derecho al acceso al desempeño de funciones y cargos públicos

El numeral 7º del artículo 40 de la Constitución Política instituye, el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, como una expresión protegida del derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. De otro lado el artículo 123 de la norma en mención señala que *"son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios"*.

La Corte Constitucional en la mencionada Sentencia C-123, indicó:

"Aunque el acceso a la función pública corresponde a un derecho constitucionalmente garantizado, distintas son las formas dispuestas para escoger a las personas que cumplirán funciones al servicio del Estado. Así, el artículo 125 de la Carta establece la carrera administrativa como regla general tratándose de los empleos en órganos y entidades estatales, pero a continuación exceptúa de ella los cargos "de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y aquellos determinados por la ley" e

⁴ Sentencia T-333 de 1998.

3

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 150013333012 - 2020 - 0007 - 00
 Accionante: FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ
 Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICEFAL Y COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL

indica, en su segundo inciso, que "los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o por la ley, serán nombrados por concurso público".

iii). Derecho a la igualdad, y el debido proceso como fundamentos del sistema de carrera administrativa.

El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el *clientelismo*, el *nepotismo* o el *amiguismo* sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.⁹

Para la Corte Constitucional, ese sistema es una manifestación del principio de igualdad de oportunidades contenido en los artículos 13 y 125 la Carta Política, en tanto la selección del personal para el servicio público debe estar orientado para: (i) garantizar un tratamiento igualitario para todos los ciudadanos que deseen aspirar a ocupar un cargo público, sin distinción alguno por motivos de género, raza, condición social, creencia religiosa o militancia política; y (ii) contemplar medidas positivas frente a grupos sociales vulnerables o históricamente discriminados en términos de acceso a cargos estatales.¹⁰

Resulta vulneratorio del principio de igualdad de oportunidades cualquier práctica que discrimine a los aspirantes a un empleo público en razón de su raza, sexo, convicciones religiosas o políticas. Asimismo, es contrario al mencionado principio toda conducta que sin justificación alguna rompa el equilibrio entre los participantes de un concurso. De igual manera, resultan inconstitucionales por desconocer el principio de igualdad de oportunidades, aquellos concursos públicos que carezcan de medidas efectivas para garantizar condiciones más favorables a personas pertenecientes a ciertas poblaciones cuyas posibilidades de acceso al empleo público haya sido tradicionalmente negado.¹¹

De otra parte, a partir del mandato contenido en el artículo 125 de la Carta y en virtud del derecho al debido proceso¹², la jurisprudencia ha derivado un conjunto de reglas orientadoras del sistema de ingreso, ascenso y retiro del servicio público. Así, la Corte Constitucional ha señalado que: (i) el empleo público es, por regla general, de carrera; (ii) los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán escogidos por concurso público; (iii) el ingreso a la carrera administrativa y los ascensos serán por méritos; y (iv) el retiro se dará únicamente por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario "y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley".¹³

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en sentencia C-040 de 1995, explicó detalladamente las etapas que, por regla general, conforman los concursos públicos para proveer los empleos de carrera¹⁴. En dicha oportunidad esa Corporación explicó que la escogencia del servidor público de carrera debe estar precedida de las fases de (i) convocatoria, (ii) reclutamiento, (iii) aplicación de pruebas e instrumentos de selección y (iv) elaboración de lista de elegibles, enfatizando en que aquellas deben adelantarse con apego al principio de buena fe y los derechos a la igualdad y debido proceso.

Como consecuencia de lo anterior, cuando la administración luego de agotadas las diversas fases del concurso clasifica a los diversos concursantes mediante la conformación

⁹ Sentencia C-319 de 2010

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ *Ibid.*

¹² El derecho al debido proceso ha sido definido por la Corte como "el respeto a las formas previamente definidas, en punto de las actuaciones que se surten en el ámbito administrativo y judicial, salvaguardando en todas sus etapas el principio de contradicción e imparcialidad." Para esta Corporación, el debido proceso es de especial importancia para el cabal desenvolvimiento de las diversas etapas del concurso, ya que solo a través de aquel es posible "brindar a los administrados seguridad jurídica y garantizar su defensa, así como el correcto funcionamiento de la administración y la certeza de la validez de sus actuaciones." En consecuencia, se desconoce el derecho fundamental al debido proceso de una persona cuando el nominador cambia las reglas de juego aplicadas al concurso, violándole al concursante que se sujeta a ellas de buena fe."

¹³ Ver las sentencias C-901 de 2008, C-315 y C-211 de 2007, C-1122 de 2005 y C-349 de 2004, entre otras.

¹⁴ Reiterado en la sentencia SU-913 de 2009.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 150010333012-2020-0117-01
 Accionante: FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ
 Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF) y COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL

de una lista de elegibles, está expidiendo un acto administrativo de contenido particular, "que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman."

La Corte Constitucional ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado¹³; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales.

V. Caso concreto

En el presente asunto la parte accionante, solicita le sean amparados sus derechos y garantías fundamentales al acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso violentados presuntamente por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y la Comisión Nacional de Servicio Civil - CNSC - en tanto no ha sido nombrado en periodo de prueba en el empleo denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, en uno de los empleos creados en la planta de personal de carácter permanente del ICBF mediante decreto 1479 de 2017, cargos que fueron creados con posterioridad a la convocatoria No. 433 de 2016, en la cual el señor ORJUELA RAMIREZ participó y aprobó todas las fases del concurso ocupando el puesto 16 de la lista de legibles, por lo que solicitó se realice el correspondiente nombramiento y posesión y que no se dilate bajo ninguna circunstancia su posibilidad de ejercer el empleo para el que efectivamente concursó.

Reposa en el expediente el siguiente material probatorio:

- El señor FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ, participó en la convocatoria No. 433 de 2016 donde la CNSC mediante acuerdo No. 20161000000176 del 05 de septiembre de 2016, ordenó proveer la planta de personal del ICBF para optar a la vacante del empleo denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17; ocupando el puesto 16 de la lista de elegibles notificada mediante resolución No. CNSC-20182230072575 del 17 de julio de 2018¹⁴.
- Mediante resolución No. 11454 del 06 de diciembre de 2019¹⁵ se nombró a ALEXANDRA CONSTANZA PIRAZÁN ÁVILA en el empleo denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, atendiendo que es quien continúa en estricto orden de mérito en la lista de elegibles, por ocupar el puesto número 15.
- Mediante decreto No. 1479 del 04 de septiembre de 2017, por medio del cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF, se crearon 328 cargos del empleo denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17 (fls.34 -37).
- Mediante resolución No. 7746 del 05 de septiembre de 2017 se distribuyeron unos cargos de la planta de personal de ICBF, correspondiéndole al departamento de Boyacá 5 cargos de Defensor de Familia, código 2125, grado 17 (fl.39), de los cuales mediante resolución No. 7781 del 05 de septiembre de 2017 se hicieron tres nombramientos en provisionalidad así¹⁶:

¹³ Sentencia SU 913 de 2009.

¹⁴ Sentencias C-147 de 1997, C-155 de 2007, C-926 de 2000, C-624 de 2008, T-494 de 2008, entre otras.

¹⁵ Por la cual se conforma lista de elegibles para proveer 12 vacantes del empleo identificado con el código OPEC No. 34262, denominado Defensor de Familia, Código 2125, grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, convocatoria No. 433 de 2016 vista a folios 26 y ss del expediente.

¹⁶ Por medio de la cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se dictan otras disposiciones vista a folio 29.

¹⁷Fl.45

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 150013333012 - 2019 - 0007 - 00
 Accionante: FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ
 Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF y COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL

DEPENDENCIA	C. C. No.	NOMBRES Y APELLIDOS	NOMENCLATURA DEL CARGO Y GRADO	PERFIL	ASIGNACION BÁSICA MENSUAL
C.Z. GARAGOA	6.759.084	GUSTAVO DE JESUS BUITRAGO GALAN	DEFENSOR DE FAMILIA CÓDIGO 2125 GRADO 17	DEFENSOR DE FAMILIA	\$4.290.736
C.Z. TUNJA 2	6.768.745	LUIS FERNANDO HAMON NARANJO	DEFENSOR DE FAMILIA CÓDIGO 2125 GRADO 17	DEFENSOR DE FAMILIA	\$4.290.736
C. Z. DUITAMA	74.382.033	URIEL FERNANDO FONSECA SEPULVEDA	DEFENSOR DE FAMILIA CÓDIGO 2125 GRADO 17	DEFENSOR DE FAMILIA	\$4.290.736

- Mediante derecho de petición de fecha 08 de agosto de 2019 dirigido al ICBF el accionante solicitó se dé cumplimiento a lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019²⁶, y que la dirección de gestión humana del ICBF, solicite autorización a la CNSC para el uso de la lista de elegibles conformada mediante resolución No. 20182230072575 del 17 de julio de 2018 y por lo tanto se le nombre en período de prueba en uno de los cuatro cargos de defensor de familia, código 2125, grado 17 de la planta global del ICBF, asignado a la regional Boyacá, centro zonal Tunja 2 (fls.55-57 y 62).
- Respuesta del derecho de petición donde el ICBF indicó que actualmente se encuentran nombrados en provisionalidad en el empleo de Defensor de Familia código 2125 grado 17 asignados a la regional Boyacá centro zonal Tunja cuatro (4) funcionarios, y que la vacante del empleo Defensor de familia código 2125 grado 17, ofertada bajo el No. OPEC 34262, solo podrá ser provista con la lista de elegibles conformada por la CNSC mediante resolución No. 20182230072575 del 17 de julio de 2018 y que atendiendo a que corresponde a esa entidad, la administración de la lista de elegibles y su correspondiente uso, el requerimiento fue trasladado a la CNSC para el trámite de su competencia (fls.58-61).
- Oficio No. 20201020071211 del 27 de enero de 2020, por medio del cual la CNSC informó al solicitante que frente al uso de las listas de elegibles "(...)la sala plena de la Comisión Nacional de Servicio Civil, en sesión del 16 de enero de 2020 profirió en criterio unificado sobre "listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019" y en ese entendido conviene manifestarle que las listas de elegibles conformadas por la Comisión Nacional del Servicio Civil que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse dentro de su vigencia para proveer tanto:
 1. Las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera OPEC de la respectiva convocatoria,
 2. Como las nuevas vacantes que se generen con posterioridad a la aprobación del acuerdo de convocatoria siempre y cuando corresponda a los mismos empleos"²⁷.

A su vez la entidad accionada ICBF sustenta su defensa en que la Ley 1960 de 2019 no les es aplicable al accionante en tanto que fue expedida con posterioridad a la convocatoria a la cual éste último participó.

En este orden de ideas es oportuno transcribir el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019 que dispone:

"ARTÍCULO 6. El número 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: "ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:

1. ...
2. ...
3. ...

²⁶ Modificatoria de la Ley 909 de 2004.

²⁷ El cual deja sin efectos el criterio unificado de fecha 01 de agosto de 2019 "lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019" junto con su aclaración.

- fl.172

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación: 15701333012-2020-0107-1
 Accionante: FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ
 Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF) y COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL.

4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. **Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad". Subraya del despacho.**

Encuentra el despacho que de conformidad con la norma transcrita y sin mayores elucubraciones, las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad, deben ser provistos por las listas de elegibles que se encuentren vigentes³¹; y esa misma interpretación fue a la que llegó la CNSC a través de su Sala Plena, en sesión del 16 de enero de 2020 donde unificó criterio sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 de la siguiente manera:

"(...) en ese entendido conviene manifestarle que las listas de elegibles conformadas por la CNSC que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse dentro de su vigencia para proveer tanto las vacantes de los empleos que integran la oferta pública de empleos de carrera OPEC de la respectiva convocatoria, como las nuevas vacantes que se generen con posterioridad a la aprobación del acuerdo de convocatoria siempre y cuando corresponda a los mismos empleos".

Como quiera que el señor FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ, concursó y aprobó las etapas señaladas en la convocatoria 433 de 2016, ocupando el puesto No. 16 de la lista de elegibles para proveer el empleo denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, lista que a la fecha se encuentra vigente toda vez que expira el próximo 30 de julio de 2020, y atendiendo que mediante decreto No. 1479 del 04 de septiembre de 2017, se crearon 328 cargos de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, los cuales se distribuyeron mediante resolución No. 7746 del 05 de septiembre de 2017, correspondiéndole al departamento de Boyacá 5 de esos empleos y de los cuales mediante resolución No. 7781 del 05 de septiembre de 2017 se han hecho solamente tres nombramientos en provisionalidad³², es del caso señalar que el accionante tiene derecho a que el ICBF lo nombre en uno de esos empleos por cuanto cumple con los presupuestos que exige el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019.

Las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado³³; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales; por lo que la entidad accionada ICBF no puede caprichosamente proveer empleos de ESA entidad, con personas que no surtieron un concurso o desconociendo el orden de prelación de la lista de elegibles vigente.

Dicha actuación debe estar investida con todas las ritualidades propias del debido proceso.

Ahora bien, la entidad demandada alega en su defensa que la Ley 1960 rige hacia futuro y por ende no puede cobijar los acuerdos de convocatoria aprobados antes de su vigencia es decir antes del 27 de junio de 2019, máxime que la lista de la convocatoria donde se encuentra el accionante cobró firmeza el 31 de julio de 2018 es decir casi 1 año antes de expedirse la nueva norma.

Al respecto cabe aclarar que la entrada en vigencia de una ley determina el momento en que este empieza surtir efectos jurídicos y modifica las situaciones jurídicas de las personas; para esta instancia no existe duda que prevalece el principio de irretroactividad, en el

³¹ La vigencia es de dos (2) años contados a partir de su firmeza.

³² fl.45

³³ Sentencias C-147 de 1997, C-155 de 2007, C-926 de 2000, C-624 de 2008, T-494 de 2008, entre otras.

12

Referencia: ACCIÓN DE TUELA
 Radicación No: 00013333012018000700
 Accionante: FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ
 Accionado: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF - COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL

sentido de impedir que, arbitrariamente, se apliquen indiscriminadamente, normas a situaciones jurídicas que adquirieron un carácter cierto antes de su entrada en vigencia.

No obstante, no puede pasarse por alto que los conceptos de retroactividad y retrospectividad son sustancialmente distintos; la primera, es entendida por la jurisprudencia constitucional²⁴, como el fenómeno en el cual la ley se aplica a situaciones ya definidas o consolidadas de acuerdo con las leyes anteriores, esta aplicación es excepcional pues, la norma no tiene per se, la virtud de regular situaciones que se han consolidado jurídicamente antes de su promulgación. La segunda retrospectividad, se presenta cuando éstas se aplican a partir del momento de su vigencia a situaciones de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior, **pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado** al momento de entrar a regir una nueva disposición.

Éste fenómeno la retrospectividad, ha sido considerado por la Corte Constitucional, como *"un límite a la retroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad"*²⁵.

Desde esa perspectiva si bien la convocatoria No. 433 de 2016 en la que concurso el accionante se surtió con anterioridad a la entrada en vigencia de las Ley 1960 de 2019 y la lista de elegibles cobró firmeza el 31 de julio de 2018, ésta no ha expirado como quiera que tiene una vigencia de dos años los cuales culminan el próximo 31 de julio de la presente anualidad, generando la expectativa en el actor de su nombramiento al cargo para el cual concurso, lo que hace que los efectos jurídicos no se hayan consolidado.

En suma la ley no puede ser retroactiva, pero en algunos casos, puede ser retrospectiva si se tiene en cuenta que los efectos jurídicos ante una situación originada con anterioridad de la expedición de la ley, se encuentran en curso; ello atendiendo las consideraciones de justicia y equidad. No puede perderse de vista que se trata de la aplicación de una norma actualmente vigente que resulta más beneficiosa y garantiza el derecho a la igualdad ante la ley.

Así las cosas, atendiendo las sub reglas establecidas por la Corte Constitucional tal como se expuso en el sustento jurídico de la presente providencia, el sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el *clientelismo*, el *nepotismo* o el *amiguismo* sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.

Por otro lado se tiene que el principio del mérito en el acceso a la función pública se encuentra instituido en el artículo 125²⁶ superior, a fin de garantizar que en todos los órganos y entidades del Estado se vinculen las personas que ostenten las mejores capacidades. Como lo ha sostenido la Corte *"todos los empleos públicos tienen como objetivo común el mejor desempeño de sus funciones para la consecución de los fines del Estado"*²⁷. Para tal efecto, el

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-389 de 2009.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ "Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público."

²⁷ Cfr. sentencia S-1086 de 1999: "La Constitución de 1991 exaltó el mérito como criterio predominante, que no puede ser evadido ni desvirtuado por los nominadores, cuando se trata de seleccionar o ascender a quienes hayan de ocupar los cargos al servicio del Estado. Entendido como factor determinante de la designación y de la promoción de los servidores públicos, con las excepciones que la Constitución contempla (art. 125 C.P.), tal criterio no podría tomarse como exclusivamente reservado para la provisión de empleos en la Rama Administrativa del Poder Público, sino que, por el contrario, es para todos los órganos y entidades del Estado, regla general obligatoria, cuya inobservancia implica vulneración de las normas constitucionales y violación de derechos fundamentales."

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación: 150013333012 - 2020 - 0100 - 00
 Accionante: FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ
 Accorados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF - y COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL

Legislador cuenta con la autonomía necesaria para determinar los requisitos y condiciones del aspirante, sin entrar en contradicción con las normas constitucionales³¹.

Con base en lo expuesto, este estrado judicial, concluye que declarará que el representante legal del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF** vulneró los derechos y garantías fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso del señor **FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ**.

Fronte a la actuación de la CNSC dirá esta instancia que no vulneró derecho fundamental alguno en razón a que las conductas que se reprochan y que han quedado verificadas no fueron ejercidas por dicha entidad.

Por consiguiente, se ordenará al representante legal del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, inicie todos los trámites administrativos ante la Comisión Nacional de Servicio Civil - CNSC, con el fin de que esta entidad autorice el uso de la lista de elegibles conformada mediante resolución No. 20182230072575 del 17 de julio de 2018, para proceder al nombramiento de FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ, en periodo de prueba en uno de aquellos empleos vacantes creados mediante decreto No. 1479 del 04 de septiembre de 2017 denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17.

Lo anterior sin perjuicio de que el ICBF tenga en cuenta las condiciones de las personas que se encuentran actualmente nombradas en dichos empleos.

Por lo expuesto, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO JUDICIAL DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO.- DECLARAR que el representante legal del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF** vulneró los derechos y garantías fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso del señor **FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- TUTELAR los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso del señor **FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ**, vulnerados por el representante legal del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO.- ORDENAR al representante legal del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, inicie todos los trámites administrativos ante la Comisión Nacional de Servicio Civil – CNSC, con el fin de que esta entidad autorice el uso de la lista de elegibles conformada mediante resolución No. 20182230072575 del 17 de julio de 2018, para proceder al nombramiento de FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ, en periodo de prueba en uno de aquellos empleos vacantes creados mediante decreto No. 1479 del 04 de septiembre de 2017 denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, de conformidad con las razones expuestas en precedencia.

CUARTO.- Declarar que la **COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL – CNSC** no vulneró derecho fundamental alguno al accionante por lo expuesto en la parte considerativa.

³¹ Así se estableció en la sentencia C-901 de 2008, donde concretamente se dijo: "En suma, el mérito, como fundamento del ingreso, ascenso y retiro de la carrera administrativa, no solo se ajusta a los principios y valores constitucionales sino que al encaminarse al logro de los fines consagrados en el artículo 209 Superior, propende por la supresión de los factores subjetivos en la designación de servidores públicos y la eliminación de prácticas anti-modernas como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo." (Ver al respecto las sentencias C-071 de 1993; C-195 de 1994; C-563 de 2000; C-1230 de 2005; C-315 de 2007, entre otras.)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Referencia No: 130013939012-2020-0007-00
Accionante: FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ
Accionados: INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF - y COMISION NACIONAL DE SERVICIO CIVIL.

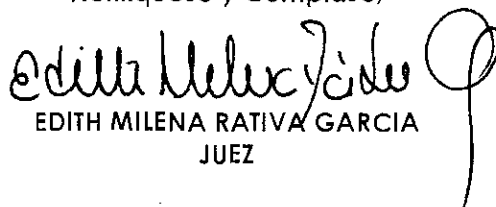
QUINTO.- INFORMAR a las partes que esta decisión podrá impugnarse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de éste proveído.

SEXTO.- NOTIFÍQUESE PERSONALMENTE al señor FABIAN ORLANDO ORJUELA RAMIREZ, en la dirección anotada en el escrito contentivo de la acción constitucional.

SÉPTIMO.- Para los efectos de notificación de las demás partes procédase conforme a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, a través de la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de Tunja.

OCTAVO.- ORDENAR que en el evento de no ser impugnada la presente decisión, se remita el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y Cúmplase,


EDITH MILENA RATIVA GARCIA
JUEZ

298



Tribunal Administrativo de Boyacá
Sala de Decisión No. 3
Magistrada Ponente: Clara Elisa Echeverri Ortiz

Tunja, marzo doce (12) de dos mil veinte (2020)

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
 Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
 Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

Decide la Sala los recursos de apelación presentados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF y de Luis Fernando Hamon Naranjo, tercero vinculado, contra la sentencia proferida el 5 de febrero de 2020 por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja que accedió a las peticiones del amparo constitucional.

I. ANTECEDENTES

1.1. La acción de tutela (f. 1 a 9):

En ejercicio de la acción de la referencia, Fabián Orlando Orjuela Ramírez, concurrió a esta jurisdicción para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales “al acceso a cargos públicos, al trabajo, a la igualdad y al debido proceso” vulnerados por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF y la Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC. Para el efecto pretendió:

“SEGUNDO: Ordenar al ICBF que mediante comunicación solicite a la Comisión Nacional del Servicio Civil el uso directo de la lista de elegibles, conformada mediante RESOLUCIÓN No. CNSC-20182230072575 DEL 17-07-2018, para que me nombre en periodo de prueba en la vacante surtida en provisionalidad que hay del cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal de Tunja 2, lo anterior dando aplicación a lo consagrado en el artículo (sic) 6 de la ley 1960 de 2019.

TERCERO: Ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil que autorice al ICBF, el uso directo de la lista de elegibles, para que el ICBF me nombre en periodo de prueba en el cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal Tunja 2, lo anterior dando aplicación a lo consagrado en el artículo 6 de la ley 1960 de 2019.

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
 Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
 Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

CUARTO: Ordenar a la Comisión Nacional del Servicio Civil que emita la correspondiente resolución, donde se establece el pago que el ICBF debe hacer, por el uso de la lista de elegibles, conformada mediante RESOLUCIÓN No. CNSC-20182230072575 del 17-07-2018, para que me nombre en periodo de prueba en la vacante surtida en provisionalidad que hay del cargo Defensor de Familia, código 2125, grado 17 asignado al centro zonal Tunja 2.

QUINTO: Que una vez se realice el pago por el ICBF a la Comisión Nacional del Servicio Civil y se emita la autorización de mi nombramiento; el ICBF me nombre en periodo de prueba en la vacante surtida en provisionalidad que hay del cargo de Defensor de Familia, código 2125, grado 17, asignado al centro zonal Tunja 2

SEXTO: En conclusión, se ordene al ICBF y a la CNSC, adelantar todas las actuaciones administrativas necesarias para que me nombre en periodo de prueba en el cargo Defensor de Familia, código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal Tunja 2, lo anterior dando aplicación a lo consagrado en el artículo 6 de la ley 1960 de 2019". (fl.8 y vto.)

Los hechos que sustentan el petitum son los siguientes:

- Indicó que, desde el 16 de marzo de 2016 ingresó a laborar en el ICBF como supernumerario supliendo las vacancias temporales, hasta agosto de 2017 cuando fue nombrado en provisionalidad en el cargo de Defensor de Familia Centro Zonal Puerto Boyacá, nombramiento que finalizó el 7 de enero de 2019, con ocasión a la posesión en propiedad de la persona aprobó concurso de mérito.
- Manifestó que mediante Acuerdo No. 20161000001 del 5 de septiembre de 2016, la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF, al cual se inscribió con el objeto de optar por una de las 12 vacantes del empleo identificado con el código OPEC N° 34262, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17 que se ofertaban 12 vacantes para el Centro Zonal Tunja 2.
- Señaló que, mediante Resolución N° CNSC-20182230072575 del 17 de julio de 2018, fue conformada lista de elegibles, en la cual quedó situado en posición 16, resolución que tiene vigencia de 2 años contados a partir de la fecha de su firmeza, conforme lo establecido en el artículo 64 del Acuerdo No. 20161000001376 de 2016 y numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
 Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
 Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
 Acción: **Tutela**

299

- A través de Resolución N° 11454 de 6 de diciembre de 2019, el ICBF nombró en periodo de prueba a Alexandra Constanza Pirazán Ávila, quien ocupó el puesto 15 de la citada lista de elegibles.
- Expuso que el 22 de noviembre de 2018, la CNSC profirió Resolución N° CNSC-20182230156785 que revocó el artículo 4^o de los actos administrativos que contienen la lista de elegibles, lo cual incluyó la convocatoria N° 433 de 2016.
- Manifestó que, el Gobierno Nacional mediante Decreto 1479 de 2017² suprimió 328 cargos de carácter temporal, correspondientes a la denominación de Defensor de Familia, código 2125, grado 17 y creó los mismos con carácter permanente; cargos que debían proveerse conforme el procedimiento establecido en el Decreto Ley 909 de 2004.
- Indicó que, el 5 de septiembre de 2017 el ICBF expidió la Resolución 7746, por medio de la cual fueron creados 5 cargos denominados: Defensor de Familia, código 2125, grado 17, correspondientes a la Regional Boyacá.
- Arguyó que en la misma fecha, fue proferida la Resolución No. 7781 que efectuó tres nombramientos en provisionalidad en los cargos creados por el Gobierno Nacional en el Decreto 1479 de 2017, con lo cual desconoció la aplicación del principio de meritocracia, por cuanto se nombró al señor Luis Fernando Hamon Naranjo, quien ocupó el puesto 20 de la lista de elegibles conformada mediante resolución N° CNSC-20182230072575, lista en que el accionante está en turno para ser nombrado.
- Expuso que, el 4 de diciembre de 2018 la CNSC, expidió la Resolución N° CNSC-20182230162005 por la cual declaró desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la Convocatoria N° 433 de 2016.

¹ Realizada consulta a través del sitio web <http://gestion.cns.gov.co/BNLElegiblesListas/faces/consultaWebLE.xhtml> la Resolución No. CNSC - 20182230072575 DEL 17-07-2018, "Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer doce (12) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34262, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF"; determinó en su artículo 4° lo siguiente: "Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de méritos para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados".

² "Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar "Cecilia de la Fuente de Lleras" y se dictan otras disposiciones".

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
 Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
 Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

- Citó el artículo 6³ de Ley 1960 de 2019⁴, y advirtió que el 1° de agosto de 2019 la CNSC expidió criterio de unificación sobre la listas de elegibles en el contexto de la mencionada ley, sobre el cual se emitió posteriormente aclaración - 22 de noviembre de 2019-.
- Que en tal virtud radicó derechos de petición el 8 de agosto, 4 y 11 de diciembre de 2019, por medio de los que solicitó al ICBF realizar las actuaciones administrativas correspondientes al uso directo de la lista de elegibles, para que fuera nombrado en periodo de prueba en el cargo de Defensor de Familia código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal Tunja 2, conforme a la vacancia definitiva creada con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016.
- Sostuvo que el ICBF y la CNSC han negado todas sus peticiones, argumentando que no le es aplicable la Ley 1960 de 2019, ya que los Acuerdos de la convocatoria No. 433 de 2016, fueron aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019.
- Citó la sentencia de 18 de noviembre de 2019 emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca en el proceso con Radicado 76001333302120190023401, y afirmó que tiene derecho a ser nombrado en periodo de prueba pues le es aplicable lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.
- Finalmente, asevero que, en la página de la CNSC, en la casilla de próximas convocatorias se indica: ICBF 2020, por lo cual considera necesario ejercer la presente acción en aras de evitar la afectación de sus derechos fundamentales.

1.1. Trámite:

En auto proferido el 23 de enero de 2020 (fl. 83), la a-quo **(i)** admitió la acción de tutela en contra el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF y la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC; y **(ii)** ordenó la vinculación del señor Luis Fernando

³ Artículo 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

“Artículo 31. El proceso de selección comprende:

(...)

4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.

⁴“Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”.

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
 Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
 Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

300

Hamón Naranjo a quienes concedió el término de dos (2) días, para que se pronunciaran sobre los hechos del amparo constitucional.

1.2. Contestación de la demanda:

Las accionadas y el vinculado se pronunciaron en los siguientes términos:

1.2.1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar- ICBF (fls. 96 a 106)

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF dio contestación en los siguientes términos:

- *Advirtió la improcedencia de la acción de tutela, por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, subsidiariedad y perjuicio irremediable, puesto que: i) la lista de elegibles en la que se encuentra el accionante fue publicada el 23 de julio de 2018, sin haberse presentado ninguna objeción por parte del actor, ii) el actor no cuestiona la lista de elegibles, sino las actuaciones que surgen con posterioridad, en virtud de las repuestas emitidas por el ICBF y CNSC a las peticiones presentadas entre agosto y diciembre de 2019, relacionadas con la posibilidad de usar la lista de elegibles para proveer cargos creados con posterioridad a la convocatoria No. 433 de 2016, así advirtió que el medio idóneo para controvertirlas es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en la Ley 1437 de 2011, y iii) se exige la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019 expedida con posterioridad a la publicación de la lista de elegibles que cobró firmeza el 31 de julio de 2019, frente a lo cual el accionante cuenta con la acción de cumplimiento para ventilar tal pretensión.*
- *Aclaro que, el ICBF no ha incurrido en ninguna actuación vulneradora de los derechos fundamentales del actor, pues de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 -vigente en el momento de apertura de la convocatoria-, el Decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional -Sentencia SU-446 de 2011-, las listas de elegibles solo pueden usarse para proveer cargos ofertados al momento de la convocatoria, de forma que es improcedente acceder a las pretensiones encaminadas a que se haga uso de la lista de elegibles en la que se encuentra el actor, para que sea nombrado en una vacante distinta a la ofertada en la convocatoria en la cual concurso.*
- *Agregó que la Ley 1960 de 2019 no es aplicable al caso pues esa norma rige a futuro, es decir, no es aplicable a los acuerdos de convocatoria aprobados antes de su entrada en vigencia, es decir, antes del 27 de junio de 2019,*

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

máxime cuando la lista de elegibles en la que se encuentra incluido el actor - Resolución 20182230072575 de 17 de julio de 2018-, cobró firmeza el 31 de julio de 2018, casi un año antes de la expedición de la nueva norma.

- *Agregó que, aunque el actor hace referencia a la sentencia de 18 de noviembre de 2019 emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca en el proceso con Radicado 76001333302120190023401, es una sentencia que no ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional, pues se encuentra surtiendo el trámite de revisión ante la Corte Constitucional y, en todo caso, existen otras decisiones judiciales que han negado el amparo impetrado en relación con la controversia jurídica planteada, por lo cual no se configura un precedente unificado y reiterado sobre la materia.*

- *Luego de realizar un breve recuento sobre las etapas desarrolladas con ocasión de la Convocatoria No. 433 de 2016, manifestó que para el caso concreto, como quiera que el ICBF hizo los respectivos nombramientos de la lista de elegibles, en estricto orden de lista, habiéndose nombrado a las personas que ocuparon los primeros lugares, el accionante no tiene derecho a ser nombrado en propiedad para el cargo al cual aspiró, cuando para este sólo existen 12 vacantes, como fue conocido desde el acto de apertura de la convocatoria, tampoco puede ser nombrado en cargos diferentes a los ofertados a través de la OPEC 34262 para la cual se inscribió, conforme lo preceptúa el artículo 31 de la Ley 909 de 2004, norma vigente al momento de la apertura de la convocatoria.*

- *Indicó que, el ICBF no ha incurrido en ninguna actuación que vulnere los derechos fundamentales del actor, puesto que de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 vigente para el momento en que se dio apertura a la convocatoria, el Decreto 1894 de 2012 y la sentencia SU- 446 de 2011 “las listas de elegibles solo pueden usarse para proveer cargos ofertados al momento de la respectiva convocatoria” por lo cual resultaría improcedente acceder a las pretensiones de la acción de tutela para que, a partir del uso de la lista de elegibles en la que se encuentra el actor, este sea nombrado en vacantes distintas a las ofertadas bajo el número OPEC 34262.*

- *En consecuencia, solicitó declarar improcedente el amparo impetrado por el accionante y, en caso de estimarse procedente, negar la acción de tutela al no advertirse violación de derechos fundamentales por parte de esta entidad.*

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: **Tutela**

301

1.2.2. Comisión Nacional del Servicio Civil (fls.121 a 124)

Por intermedio del Asesor Jurídico encargado, se pronunció en los siguientes términos:

- ❖ *Indicó que el accionante pretende por intermedio de la acción constitucional acceder a un cargo para el cual no concursó y cuyos derechos no obtuvo por mérito, lo cual implicaría el desconocimiento de las reglas del proceso de selección, sino también la violación de los principios constitucionales de acceso a cargos públicos por mérito, igualdad, legalidad y transparencia.*
- ❖ *Afirmó que, desconoce las acciones que ICBF ha realizado respecto de su planta de personal, e informó que el señor Fabián Orlando Orjuela Ramírez, participó en el concurso de méritos convocado mediante Acuerdo 20161000001376 de 5 de septiembre de 2016, para el empleo identificado con el código OPEC No. 34262 y que, una vez superadas las fases del concurso, fue publicada la Resolución No. CNSC-20182230072575 del 17 de julio de 2018 mediante la cual se conformó la lista de elegibles, en la cual el accionante ocupó el lugar No. 16, por lo cual, quienes adquirieron el derecho a ser nombrados fueron los aspirantes que ocuparon las primeras doce casillas en la lista de elegibles, sin que fuera posible su nombramiento.*
- ❖ *Citó el criterio de unificación de la Sala Plena de la Comisión Nacional del Servicio Civil, respecto del uso de las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 expedido el 16 de enero de 2020, en el cual se indicó que, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer: i) las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera- OPEC- de la respectiva convocatoria, y ii) para cubrir las nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos.*
- ❖ *Manifestó que, para hacer uso de la lista de elegibles sobre los empleos ofertados, la entidad deberá realizar la solicitud mediante oficio a la CNSC, previo reporte de dicha OPEC en SIMO, de conformidad con lo expuesto en la Circular Conjunta No. 2019100000117 del 29 de julio de 2019; posteriormente, se procederá a verificar las listas vigentes de la entidad, que cumplan con las características del empleo solicitado, con el fin de autorizar los nombramientos en período de prueba de los elegibles que por estricto orden de mérito les asita el derecho.*

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
 Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
 Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

- ❖ *Expuso que, hasta el momento no existe solicitud de lista de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con el No. OPEC 34262, por lo cual, en el eventual caso en que el ICBF disponga de vacantes con la misma denominación, deberá cumplir con lo previsto en la Ley 1960 de 2019, por cuanto la CNSC no tiene competencia alguna frente a la administración de plantas de personal como lo dispone el Decreto 648 de 2017.*
- ❖ *Aseveró que no es procedente aplicar la retrospectividad de la Ley 1960 de 2019 en el caso bajo estudio, toda vez que, dicho fenómeno solo procede “frente a situaciones que han estado gobernadas por una norma anterior, pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición normativa” (fl. 123 vto.); lo cual no se presenta en el sub judice, ya que lo ventilado es un hecho consolidado, es decir, una situación fáctica y jurídica que no es susceptible de modificaciones por el tránsito de normatividad.*

Concluyó que, la CNSC no ha vulnerado ningún derecho fundamental al tutelante, por lo cual solicitó su desvinculación de la presente acción constitucional, teniendo en cuenta que carece de legitimación en la causa por pasiva.

1.2.3. Luis Fernando Hamon Naranjo (fls. 173 a 181)

En calidad de tercero interviniente, se pronunció de la siguiente manera:

- ✓ *Indicó que se presentó a la convocatoria pública realizada por la CNSC mediante Acuerdo No. 20161000001 del 5 de septiembre de 2016, en la cual se ofertaron 12 vacantes del empleo denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17 en el Centro Zonal Tunja 2; convocatoria dentro de la que ocupó el puesto 20 en la lista de elegibles.*
- ✓ *Que mediante Decreto 2138 del 22 de diciembre de 2016, el Gobierno Nacional aprobó la creación de la planta global de carácter temporal del ICBF, por lo cual, la entidad convocó a concurso interno No. PT-DF-001 el 26 de diciembre del mismo año, para la provisión del cargo de Defensor de Familia código 2125 grado 17, convocatoria en la que participó y ocupó el segundo lugar en la lista de elegibles, sin que la persona que ocupó el primer lugar se hubiera posesionado, razón por la cual fue nombrado en provisionalidad en dicho cargo, conforme Resolución No. 1372 del 9 de marzo de 2017.*

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

302

- ✓ Que el nombramiento anterior, fue prorrogado a través de Resolución No. 7781 de 5 de septiembre de 2017, al ser creado de manera definitiva el citado cargo, para cuyo desempeño cumplió con el perfil profesional y los requisitos que exige el cargo.
- ✓ Arguyó que, lo dispuesto por la Resolución No. CNSC-20182230156785, que revocó el artículo 4 de la Resolución No. CNSC- 20182230072575 del 17 de julio de 2018, mediante la cual se conformó la lista de elegibles para proveer doce (12) vacantes de empleo de Defensor de Familia código 2125 grado 17 de la Convocatoria 433 de 2016, en nada afecta el derecho que depreca el tutelante, por cuanto al agotarse la lista de elegibles territorial, será consolidada una lista de elegibles general para proveer las vacantes que surjan durante la vigencia de la lista -2 años- para proveer los mismos empleos convocados; es decir, en caso de i). falta de posesión o, ii) ausencia o renuncia total de quien hubiese sido posesionado en una de las 12 vacantes ofertadas dentro de la mentada convocatoria, será utilizada la citada lista de elegibles.
- ✓ El accionante incurre en yerro al solicitar que la lista debe ser usada en empleos que no fueron ofertados en la citada convocatoria.
- ✓ Manifestó que, no entiende porqué fue vinculado al presente amparo poniendo en riesgo sus derechos y los de su familia, pues dentro de la citada convocatoria interna, existieron cinco (5) vacantes, de las cuales tres (3) ya fueron nombradas, existiendo dos (2) cargos con la denominación de Defensor de Familia, creados con posterioridad a la convocatoria No. 433 de 2016.
- ✓ Señaló que en la actualidad cuenta con 56 años de edad y es padre de 2 hijos, Natalia Sofía Hamon Rugeles, quien padece de epilepsia mioclónica juvenil, por cual requiere medicamentos permanentes y de Daniel Fernando Hamon Ovalle quien padece trastorno esquizoafectivo de tipo bipolar, patología mental crónica e irreversible.
- ✓ Que los menores dependen exclusivamente de él pues la madre, Luz América Ovalle García, falleció el 20 de agosto de 2019; por tanto, desvincularlo de su cargo afectaría su mínimo vital y el de su familia, que goza de estabilidad laboral reforzada, por tener el cuidado de su hijo.
- ✓ Agregó que, el accionante se encuentra vinculado al I.C.B.F como supernumerario, es decir, no se vulnera el derecho al trabajo.

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
 Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
 Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
 Acción: **Tutela**

Solicitó negar las pretensiones de la acción.

II. SENTENCIA IMPUGNADA

Mediante sentencia proferida el 5 de febrero de 2020, el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja resolvió: (fls. 236-242)

“PRIMERO.- DECLARAR que el representante legal del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF** vulneró los derechos y garantías fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso del señor **FABIÁN ORLANDO ORJUELA RAMÍREZ**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO.- TUTELAR los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso del señor **FABIÁN ORLANDO ORJUELA RAMÍREZ**, vulnerados por el representante legal del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF**, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO.- ORDENAR al representante legal del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR-ICBF** que dentro del término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente decisión, inicie todos los trámites administrativos ante la Comisión Nacional del Servicio Civil-CNSC, con el fin de que esta autoridad autorice el uso de la lista de elegibles conformada mediante resolución No. 20182230072575 del 17 de julio de 2018, para proceder al nombramiento de **FABIÁN ORLANDO ORJUELA RAMÍREZ**, en periodo de prueba en uno de aquellos empleos vacantes creados mediante decreto No. 1479 del 4 de septiembre de 2017 denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, de acuerdo a las razones expuestas en precedencia.

CUARTO.- Declarar que la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL-CNSC** no vulneró derecho fundamental alguno al accionante por lo expuesto en la parte considerativa.” (...). (fl. 242 vto.)

Contrajo el problema jurídico a establecer: i) la procedencia de la acción; ii) si al concurso en que participó el accionante es aplicable la Ley 1960 de 2019 a pesar de haberse surtido bajo la Ley 909 de 2004 y Decreto 1894 de 2012; iii) si se vulneraron los derechos fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo, igualdad y debido proceso por parte de las entidades accionadas.

Encontró ese estrado judicial, que la acción de amparo constitucional deprecada por el accionante, es el mecanismo idóneo de defensa judicial, por cuanto las pretensiones no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, sino la aplicación de la Ley 1960 de 2019 a fin de ser nombrado en el empleo denominado Defensor de Familia Código 2125 grado 17 del ICBF, cargo para el que concursó y aprobó todas las etapas.

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
 Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
 Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
 Acción: **Tutela**

303

Trajo a colación el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 y el criterio de unificación de la Sala Plena de la CSNC proferido el 16 de enero del 2020, para precisar que, las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad, deben ser provistos por las listas de elegibles que se encuentren vigentes.

Indicó que, como el accionante concursó y aprobó las etapas señaladas en la convocatoria 433 de 2016, ocupando el puesto No 16 de la lista de legibles para proveer el empleo denominado Defensor de Familia código 2125, grado 17 y mediante Decreto No. 1459 del 4 de septiembre de 2017, se crearon 328 cargos de Defensor de Familia, código 2125, grado 17 distribuidos mediante Resolución No. 7746 de 05 de septiembre de 2017 cinco de los cuales corresponden al Departamento de Boyacá en los que mediante Resolución No. 7781 del 05 de septiembre de 2017 se efectuaron tres (3) nombramientos en provisionalidad, el accionante tiene derecho a que el ICBF lo nombre en uno los vacantes en cumplimiento del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019.

Frente a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, la a quo explicó los fenómenos de retroactividad y restrospectividad e indicó que la Ley no puede ser retroactiva, pero si retrospectiva, es decir, surtir efectos frente a una situación anterior a su vigencia y que se encuentran en curso, atendiendo principios de justicia y equidad.

Por lo anterior indicó que en la convocatoria No. 433 de 2016 en la que concursó el accionante la lista de elegibles cobró firmeza el 31 de julio de 2018 y expira el 31 de julio de 2020, de forma que existe una expectativa de su nombramiento en el cargo para el cual concursó, es decir, los efectos jurídicos no se han consolidado.

Concluyó que el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF vulneró los derechos y garantías fundamentales de acceso a cargos públicos, trabajo igualdad y debido proceso del señor Fabián Orlando Orjuela Ramírez.

III. APELACIÓN

Dentro del término concedido para tal efecto, fueron presentadas las siguientes impugnaciones:

3.1. Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF (fls. 248 a 258)

A través del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, presento recurso de apelación en los siguientes términos:

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

Reitero los argumentos expuestos en la contestación de la tutela, e insistió en la improcedencia de la acción en tanto carece de trascendencia *iusfundamental*, no cumple los principios de subsidiariedad, ni se configura perjuicio irremediable, toda vez que: i) la lista de elegibles en la que se encuentra el accionante fue publicada el 23 de julio de 2018 y se conformó para proveer 12 vacantes, el accionante ocupó la casilla número 16; ii) el actor cuestiona las respuestas emitidas por el ICBF y la CNSC a las peticiones presentadas en agosto y diciembre de 2019, relacionadas con la posibilidad de usar la lista de elegibles para proveer cargos con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016, el medio idóneo para controvertirlas es la acción de nulidad y restablecimiento del derecho prevista en la Ley 1437 de 2011, y iii) exige la aplicación retrospectiva de la Ley 1960 de 2019, es decir el accionante cuenta con la acción de cumplimiento para ventilar tal pretensión.

Insistió en que la ley rige a futuro, no se aplica a Acuerdos de convocatoria aprobados antes de su vigencia, esto es antes del 27 de julio de 2019, menos aún, cuando la lista de elegibles en la que se encuentra el accionante, cobró firmeza el 31 de julio del 2018.

Resaltó que, no se puede afirmar de manera general y descontextualizada que la acción de tutela es procedente siempre que exista un concurso de méritos o listas de elegibles, pues las controversias que puedan suscitarse en dichos ámbitos son de diversa naturaleza y las particularidades de cada caso ameritan un estudio específico. Así las cosas, la controversia principal del presente caso versa sobre el cumplimiento retrospectivo de una norma de carácter general frente a una persona que no ocupó los primeros lugares dentro de una lista de elegibles que, además se encuentra publicada.

Así mismo manifestó que el ICBF no ha incurrido en ninguna actuación que vulnere los derechos fundamentales del actor, pues de conformidad con el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 -vigente para el momento en que se dio apertura a la convocatoria, el Decreto 1894 de 2012 y la sentencia SU- 446 de 2011 **“las listas de elegibles solo pueden usarse para proveer cargos ofertados al momento de la respectiva convocatoria por lo cual resultaría improcedente acceder a las pretensiones de la acción de tutela para que a partir del uso de la lista de elegibles en la que se encuentra el actor, este sea nombrado en vacantes distintas a las ofertadas bajo el número OPEC 34262”**. (fl. 252). La normatividad aplicable al proceso de selección en el cual participó el accionante es la vigente al momento del proceso de selección.

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

304

Indicó que, la jurisprudencia ha considerado que la lista de elegibles crea derechos adquiridos para quienes ocupan puestos vacantes ofertados y un derecho subjetivo a ser nombrado en caso de vacancia de esos primeros nombramientos surtidos para quienes ocuparon los siguientes puestos, sujeto a una condición externa al concurso, como la muerte o el retiro definitivo del primer nombrado, puesto que la lista concluye la situación jurídica creada con la convocatoria, como acto culminante del proceso de méritos.

Explicó que en el caso bajo estudio el ICBF hizo los respectivos nombramientos de la lista de elegibles, en estricto orden nombró a quienes ocuparon los primeros 12 lugares para los cuales fue ofertada la convocatoria OPEC 34262; el actor no puede ser nombrado en cargos diferentes.

En ese sentido indicó que, las reglas de las convocatorias de concursos de méritos son ley para las partes, razón por la cual no pueden ser utilizadas para proveer vacantes distintas pues ello quebrantaría las reglas y se incurriría en extralimitación en el ejercicio de las funciones.

Arguyó que la Ley 1960 de 2019 no estableció vigencia especial para su aplicación, en consecuencia, se aplica a partir de su promulgación, es decir, del 27 de junio de 2019; el proceso de selección estuvo regido por la normatividad anterior -Ley 909 de 2004 y el Decreto 1894 de 2012-, que consagraron que las listas no podían utilizarse para vacantes diferentes a las ofertadas.

Indicó que, para la Corte Constitucional, el derecho subjetivo que surge de la lista de legibles está sujeto al lugar que se ocupó en ella y, al consolidarse, adquiere firmeza, sin perjuicio de vigencia; la nueva ley no la modifica, amplía o da alcances diferentes a los dispuestos en las normas anteriores.

Bajo ese panorama, citó la circular No. 20191000000117 de la CNSC en la cual se estableció que "(...) Los procesos aprobados en sesión de Comisión hasta antes del 27 de junio 2019 podrán ser modificados, corregidos o aclarados en cualquiera de sus aspectos en los términos de la normatividad que se encontraba vigente antes de la expedición de la Ley 1960 de 2019. Con fundamento en lo antes dicho, los procesos de selección aprobados antes del 27 de junio de 2019 se regirán por el artículo 29 de la Ley 909 de 2004 vigente antes de su modificación." (fl. 257).

Insistió en que la sentencia citada por el accionante no ha hecho tránsito a cosa juzgada constitucional pues se encuentra surtiendo el trámite de revisión ante la Corte Constitucional y otras decisiones han negado la protección.

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

3.2. Luis Fernando Hamon Naranjo (fls. 273 a 275)

Como tercero interviniente, se pronunció en dos oportunidades, así:

➤ **Oficio radicado 10 de febrero de 2020, con impugnación de la sentencia de tutela (fls. 273-275)**

Indicó que el a-quo no se pronunció sobre sus argumentos de defensa lo cuales reiteró. Señaló que la ley del concurso al que aplicó el accionante se rige por la Ley 909 de 2004 y no es aplicable la Ley 1960 de 2019 dado el principio de irretroactividad.

Reiteró que participó del concurso interno No. PT-DF-001, convocado para proveer el empleo creado por el Decreto 2138 de 22 de diciembre de 2016, cargo no ofertado por la Convocatoria No. 433 de 2016, sin que se haya abierto nueva convocatoria a concurso.

Solicitó revocar la sentencia de primera instancia.

➤ **Oficio radicado el 3 de marzo de 2020 (fl. 289)**

Informó que el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Ibagué negó las pretensiones en caso similar al presente por improcedencia atendiendo a obligatoriedad de las reglas del concurso, condición en la cual no puede admitirse el registro de elegibles para proveer un número mayor de empleos a los ofertados. Refirió que la acción de tutela fallada por el Tribunal del Valle fue “anulada” por improcedente.

Señaló la inconveniencia del mecanismo pues ello daría lugar a “un mundo de acciones de Tutela” que afectaría al ICBF, en tanto quienes están en la lista de elegibles pretenderían ser designados en los cargos no ofertados y sin el puntaje exigido en el concurso.

Manifestó que actualmente en la ciudad de Tunja existen 4 provisionalidades designadas así: i). persona que está esperando resolución de pensión; ii). una madre cabeza de familia; iii). persona con afectaciones psiquiátricas bajo tratamiento especializado; y, iv) él, como padre cabeza de hogar a cargo de un hijo con discapacidad mental.

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
 Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
 Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

305

IV. INTERVENCIONES

4.1. Concepto del Ministerio Público⁵

En escrito radicado el 24 de febrero de 2020, se pronunció en los siguientes términos:

Consideró que la acción no es improcedente, como lo afirma el ICBF por cuanto corresponde al juzgador examinar si el medio ordinario de defensa resulta eficaz, conforme a la jurisprudencia: i) finalidad del proceso y ii.) resultado previsible.

Citó la sentencia T-504 de 2000 y señaló que, en el caso bajo estudio está próximo el vencimiento de la lista de elegibles - 31 de julio de 2020 – tiempo insuficiente para agotar los siguientes tramites: i) conciliación como requisito de procedibilidad, ii) interposición de la demanda, reparto y sustanciación de la eventual medida cautelar, con la natural discusión y debate respecto a la caducidad del medio de control y su eventual interrupción por la interposición de la acción de tutela.

Por lo anterior afirmó que la inminencia del agotamiento de la lista de elegibles en la fecha antes señalada impide al tutelante que, por vía ordinaria, pueda lograr protección de sus derechos, en tal condición se cumple el requisito de la subsidiariedad.

Manifestó que la aplicación restrospectiva de la ley no ha sido ajena a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencias T-564 de 2015 y T-116 de 2016), y del Consejo de Estado, corporaciones que han indicado, frente al uso de listas de elegibles para cargos que no han sido objeto de la oferta inicial del concurso de méritos, la garantía del postulado fundamental del mérito contenido en el artículo 125 de la Constitución Política al permitir el uso de las listas de elegibles mientras estén vigentes, para proveer empleos adicionales a los inicialmente ofertados iguales o equivalentes a estos.

Respecto a los argumentos del tercero interviniente, consideró que como lo menciona su escrito de vinculación y la impugnación al fallo de tutela, al interior del expediente obra prueba sumaria que evidencia su condición de padre cabeza de familia, y citó jurisprudencia sobre los presupuestos establecido por la Corte Constitucional para que opere la especial protección constitucional.

⁵ Vista a folio 283 del expediente, el tercero interviniente allegó oficio el 14 de febrero de 2020, en el cual solicitó la vinculación especial como sujeto procesal Ministerio Público, a través del Procurador Judicial Delegado ante los Asuntos Administrativos; quien contestó dicho requerimiento conforme obra a folios 284 a 288 del expediente.

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

Por lo expuesto, solicitó se adicione el fallo de primera instancia, en el sentido de ordenar al ICBF frente al cumplimiento de los numerales 2 y 3 de la parte resolutive del fallo impugnado, se respete el vínculo laboral provisional del señor Luis Fernando Hamon Naranjo hasta que: i) exista una justa causa de terminación de la relación laboral debidamente comprobada; ii) cesen las condiciones que originan la especial protección y/o iii) haya razones objetivas del servicio que justifiquen de manera suficiente la vinculación de funcionario en particular, caso en el cual la carga argumentativa recae en la administración.

Agregó que la anterior solicitud no deberá generar tensión frente a los derechos reconocidos al tutelante, pues se afirmó en la demanda de tutela, como en la contestación del tercero vinculado, que existen 5 vacantes de las que se encuentran ocupadas 3 y que, de estas, el funcionario de la zonal Duitama ha renunciado.

V. CONSIDERACIONES

Resuelve la Sala el recurso de apelación presentado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF-, y por el tercero vinculante señor Fernando Hamon Naranjo, contra de la sentencia proferida el 5 de febrero de 2020 por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito Judicial de Tunja.

5.1. Asunto a resolver:

Se trata en este caso de establecer, si como lo señalan los impugnantes no es procedente el amparo constitucional deprecado, en la medida en que el accionante cuenta con los medios de control previstos en la Ley 1437 de 2011, para controvertir las actuaciones surgidas con ocasión al uso de la lista de elegibles, para acceder a cargos inicialmente no ofertados en la Convocatoria 433 de 2016, teniendo en cuenta el principio de retrospectividad en la aplicación de la Ley 1960 de 2019.

Tal como se plantea la demanda y se advierte en la impugnación del ICBF, lo que acá se encuentra en debate no es, en sí mismo, el procedimiento del concurso que dio lugar a la lista de elegibles, sino el derecho que reclama el accionante para que sea utilizada tal lista a fin de proveer un cargo vacante en aplicación de la Ley 1960 de 2019 lo cual fuera negado mediante actos administrativos que, dice la impugnante pueden ser demandados en vía ordinaria, lo cual deriva improcedente la acción.

En estas condiciones, se ocupará la Sala, en primer lugar, de establecer si es procedente la acción de tutela cuando la entidad se niega a atender el orden estricto de la lista de elegibles.

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
 Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
 Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
 Acción: **Tutela**

306

5.2. De la procedencia de la acción de tutela por falta de nombramiento de quien se encuentra en lista de elegibles:

La Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha manifestado que la acción de tutela, sin perjuicio de su naturaleza residual, es un mecanismo procedente para proteger los derechos de quienes han participado en concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera en las entidades estatales y han sido seleccionados. Ello por cuanto las acciones ordinarias ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativo no proveen un mecanismo efectivo, oportuno e idóneo para la protección de los derechos al trabajo, a la igualdad y al debido proceso.

Desde la Sentencia T-315 de 1998⁶, señaló:

*“La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, **dos excepciones** a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, **dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.**” (Resaltado fuera de texto)*

En materia de concursos de mérito, la jurisprudencia constitucional ha diferenciado entre dos situaciones: cuando se controvierte un acto administrativo y **cuando se busca que la entidad encargada efectúe los nombramientos de las personas incluidas en la lista de elegibles.**

En el primer supuesto, se ha indicado que por regla general este mecanismo constitucional no procede, debido a la existencia de otros medios de defensa judicial, análisis que, en todo caso, dependerá de las situaciones particulares del caso. En el segundo evento, la Corte Constitucional ha manifestado que la acción de tutela **procede para la protección de los participantes que, teniendo derecho a ser nombrados, por hacer parte de la lista de elegibles, no son designados.**

⁶ MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
 Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
 Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

Ya desde la Sentencia SU-133 del 2 de abril de 1998⁷, el Tribunal Constitucional indicó lo siguiente:

*“Así las cosas, esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, **no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.**” (Resaltado fuera de texto)*

En el mismo sentido la Sentencia T-425 del 26 de abril 2001⁸, la Corte señaló que en desarrollo de los principios que rigen la función pública igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad, y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Carta Política, **cuando se presentan vacantes, si la administración decide proveerlas, durante la vigencia de una lista de elegibles**, debe hacerlo con las personas que integran tal lista, obviamente, conservando el orden de conformación e integración de la misma. Se pronunció en los siguientes términos:

*“En un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que **procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas** cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos. En efecto: la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, **no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata...**” (Resaltado fuera de texto)*

De otra parte, la Corte en la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002⁹, reiteró esta posición:

*“... existe una clara línea jurisprudencial según la cual **la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos**, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos...” (Resaltado fuera de texto)*

⁷ MP. José Gregorio Hernández.

⁸ MP. Clara Inés Vargas.

⁹ MP. Eduardo Montealegre

707

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

En los mismos términos, en la Sentencia T-484 del 20 de mayo de 2004¹⁰, la Corte estudió el conflicto que se presenta cuando existe lista de elegibles y solicitud de traslado de un funcionario de carrera, estableciendo que el nominador debe tener en cuenta la hoja de vida de los aspirantes al cargo. La Corte Constitucional concluyó, que si bien “...la jurisprudencia constitucional ha considerado que existe otro mecanismo de defensa judicial para satisfacer las pretensiones de quien considera **que no fue nombrado en un cargo**, a pesar de haber obtenido el primer puesto en un concurso, también ha precisado que éste medio de defensa judicial no es eficaz para proteger los derechos involucrados...” (resaltado fuera de texto).

Luego la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional respecto al tema se plasma de la siguiente manera en la Sentencia SU 913 de 2009, allí se lee:

“5.1. La Corte Constitucional ha señalado de manera recurrente que la acción de tutela es un mecanismo protector de derechos fundamentales de naturaleza residual y subsidiaria, por lo cual solo puede operar para la protección inmediata de los mismos cuando no se cuenta con otro mecanismo judicial de protección, o cuando existiendo este, se debe acudir a la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Sin embargo, la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, la Corte Constitucional **asume competencia plena y directa, aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial**, al considerar que la tutela puede ‘desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto’¹¹, en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos¹²

5.2. Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera **se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata**. Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular”¹³ (Resaltado fuera de texto)

¹⁰ MP. Clara Inés Vargas.

¹¹ Sentencia T-672 de 1998.

¹² Sentencia SU-961 de 1999.

¹³ Sentencia SU-913 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez; aclaración de voto del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio. En esta misma línea, en las sentencias SU-133 de 1998 y SU-086 de 1999 la Corte explicó: “...esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata. // La Corte estima que la satisfacción plena de los aludidos derechos no puede diferirse

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
 Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
 Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

La sentencia acabada de citar analizó varias acciones de tutela en las que los actores, quienes participaron en el concurso de méritos para la provisión de cargos de notarios, solicitaron el amparo de sus derechos fundamentales y señaló:

“...Lo cierto es que una vez en firme, al acto administrativo que contiene la lista de elegibles no puede ser modificado en sede Administrativa, sin perjuicio de la posible impugnación que se surta en sede judicial por fraude o incumplimiento de los requisitos de la convocatoria. Por ello, cuando el nominador designa para desempeñar un cargo de carrera a una persona que ocupó un puesto inferior dentro de la lista de elegibles, desplazando a quien la antecede por haber obtenido mejor puntaje, lesiona sin lugar a dudas derechos fundamentales, entre ellos, el de igualdad, el derecho al trabajo y el debido proceso. Como también se lesionan los derechos fundamentales de quienes ocupan los primeros lugares en las listas de elegibles cuando se reconfiguran dichas listas sin existir justo título que así lo autorice...” (Resaltado fuera de texto).

A su vez, en la sentencia T-180 de 2015¹⁴ la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional precisó que *“Esta Corporación ha señalado que las listas de elegibles generan derechos subjetivos que, por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social y siempre que medie indemnización previa del afectado...”*¹⁵ (Resaltado fuera de texto).

Teniendo en cuenta la jurisprudencia constitucional citada, concluye esta Sala que, los supuestos fácticos en este caso, es decir, la existencia de lista de elegibles en la que el accionante ha sido incluido y la alegada existencia de vacantes por proveer en cargos de igual denominación que los llamados a concurso en esa ocasión, a pesar de la existencia de actos administrativos que se han negado a proveer el empleo atendiendo a esa circunstancia que da lugar a un derecho subjetivo, hacen procedente la acción de tutela pues, sin lugar a mayores explicaciones, someter el caso al proceso ordinario de nulidad y restablecimiento del derecho, no resulta eficaz para la protección de los derechos fundamentales invocados, como lo expuso el Ministerio Público en este proceso. Otra cosa será determinar si la protección procede de manera definitiva o transitoria, aspecto que se examinará de salir adelante el planteamiento de fondo en este caso.

indefinidamente, hasta que culmine el proceso ordinario, probablemente cuando ya el período en disputa haya terminado. Se descarta entonces en este caso la alternativa de otro medio de defensa judicial como mecanismo de preservación de los derechos en juego, que son de rango constitucional, de aplicación inmediata (art. 85 C.P.) y que no pueden depender de un debate dado exclusivamente en el plano de la validez legal de una elección, sin relacionarlo con los postulados y normas de la Carta Política”. Ver, en el mismo sentido, la sentencia SU-613 de 2002.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-180 de 2015 MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁵ Sentencias C-147 de 1997, C-155 de 2007, C-926 de 2000, C-624 de 2008, T-494 de 2008, entre otras.; o en hipótesis en las cuales su producción o aplicación conlleve el desconocimiento de derechos fundamentales”.

308

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

5.3. De la aplicación de la Ley 1960 de 2019 a la lista de elegibles conformada con anterioridad a su vigencia:

Llegados a este punto, se observa que ante la existencia de una lista de elegibles vigente, en la que el accionante se encuentra incluido, el debate se dirige a la aplicación o no de una ley expedida con posterioridad a tal conformación de elegibles.

Las leyes y, en general, las normas que componen el ordenamiento jurídico solo rigen para los actos, hechos o situaciones de derecho que se constituyen con posterioridad a su entrada en vigencia y, por ello, solo por excepción pueden ser aplicadas en el tiempo de manera diferente, a través de las siguientes figuras:

- ✓ **Retro-actividad:** en principio, se configura cuando una norma expresamente contempla la posibilidad de ser aplicada a situaciones de hecho que se consolidaron con anterioridad a su entrada en vigencia¹⁶, un ejemplo claro de este instituto jurídico es el establecido en el artículo 29 constitucional, conforme al cual “en materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva y desfavorable”.
- ✓ **Ultra-actividad:** consiste en la aplicación de una norma que ha sido expresa o tácitamente derogada, a situaciones de hecho que si bien tuvieron lugar durante su vigencia, en la actualidad se encuentran regidas por una nueva disposición jurídica; de forma que, si bien la nueva ley es de aplicación inmediata y, por tanto, debería regular las situaciones que se consoliden en su vigencia, resulta admisible el uso de la normatividad anterior con el objetivo de preservar los derechos adquiridos y las legítimas expectativas de quienes se rigieron por la normativa derogada.¹⁷
- ✓ **Retrospectividad:** La jurisprudencia de las Altas Cortes ha aceptado la posibilidad la aplicación temporal de las normas, la cual, si bien no encuentra desarrollo ni consagración normativa expresa¹⁸. En relación con esta figura, se ha indicado que ella consiste en la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.

¹⁶ Ver Sentencias C-181 de 2002, T-060 de 2003, T-389 de 2009, T-110 de 2011 y C-258 de 2013, entre otras.
¹⁷ Ver Sentencias C-763 de 2002, C-377 de 2004 y T-110 de 2011, entre otras.
¹⁸ Ver Sentencias T-110 de 2011, C-258 de 2013, entre otras.

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
 Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
 Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

En relación con la aplicación de los efectos de la ley en el tiempo la Sentencia C-619 de 2001¹⁹, precisó que las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley ésta es de aplicación inmediata.

Por su parte la sentencia en la Sentencia Radicado No. 56302 de 2014 el Consejo de Estado²⁰ indicó que:

"(...) Por el contrario, frente a situaciones inciertas y eventuales que no se consolidaron al amparo de una normatividad anterior, opera un principio de aplicación inmediata de la ley, a la cual deberán adecuar su conducta quienes no hayan logrado llevar a su patrimonio derechos que concedía la norma derogada. Así, la Corte ha señalado que mientras los derechos adquiridos no pueden ser desconocidos por las leyes ulteriores, por el contrario, las simples expectativas no gozan de esa protección, pues "la ley puede modificar discrecionalmente las meras probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho." Por ello, las expectativas que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho, pueden ser reguladas por el legislador "según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones." Cabe agregar que, en todo caso, la consolidación del derecho que otorga el haber sido incluido en una lista de elegibles, se encuentra indisolublemente determinado por el lugar que se ocupó dentro de la lista y el número de plazas o vacantes a proveer..."
 (Subrayado fuera de texto)

En este caso, según los antecedentes, el accionante fue incluido en una lista de elegibles que a la fecha se encuentra vigente, es decir, se está ante un derecho subjetivo adquirido, sin embargo, ese derecho no se ha concluido mediante el nombramiento en el empleo, lo cual implica que mantiene una expectativa frente a ello.

Entonces como en vigencia de la lista se crearon empleos de idéntica clasificación que aquel para el cual concursó el accionante y, en ese interregno, se expidió la Ley 1960 de 2019, el fenómeno a examinar es el de la aplicación retrospectiva de la ley en tanto fue expedida luego de la convocatoria del concurso y de la conformación de la lista de elegibles, pero antes de su vencimiento.

¹⁹ M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra

²⁰ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda – Subsección A. Consejero Ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, Radicación No: 15001-23-33-000-2013 - 00563-02. Acción de tutela – Impugnación. Bogotá D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil catorce (2014)

309

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

6. Del caso concreto.

Mediante el Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 (fls. 12 a 25), la Comisión Nacional del Servicio Civil -CNSC publicó la Convocatoria 433 de 2016, para proveer 2.470 cargos de empleos vacantes en el ICBF, el artículo 10 identificó los empleos, para el caso en controversia 762 Defensores de Familia Código 2125, Grado 17 (fl. 14).

Para la época el artículo 31 numeral 4° de la Ley 909 de 2004 “Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones” invocado como facultad en la convocatoria (fl. 12) era del siguiente tenor:

“...El proceso de selección comprende:
(...)
2. Reclutamiento. Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.” (Subrayado fuera de texto)²¹

Igualmente, los artículos 63 y 64 de la convocatoria dispusieron, el primero la recomposición de las listas de elegibles de manera automática cuando los elegibles no tomen posesión en orden de mérito, no acepten el nombramiento o no se posesionen en el término legal, o sean excluidos y, el segundo dispuso la vigencia de la lista por dos (2) años.

Finalizada la etapa clasificatoria y eliminatoria del concurso de méritos en mención, la CNSC emitió la Resolución No. CNSC 20182230072575 el 17 de julio de 2018 (fls. 26 y s.s.) “Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer doce (12) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34262, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 ICBF” conformada por 96 personas, entre las que el accionante ocupó el puesto 16, confirmó la vigencia por dos años.

El Decreto 2138 del 22 de diciembre de 2016 expedido por el Gobierno Nacional “Por el cual se aprueba la creación de una planta de personal de carácter temporal en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras” en su artículo 1° dispuso:

ARTICULO 1°. Crear una planta de personal de carácter temporal en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras”,

²¹ Texto que, en iguales condiciones fue recogido por el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019.

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
 Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
 Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

con los siguientes empleos, dentro del periodo comprendido entre el 02 de enero de 2017 y el 31 de diciembre de 2017 así:

(...)

B. Fuente de Financiación: Protección -Acciones para preservar y restituir el ejercicio integral de los derechos de la niñez y la familia:

(...)

NUMERO DE CARGOS	DENOMINACIÓN CARGO	Código	Grado
(...)			
328 Trescientos veintiocho	Defensor de Familia	2125	17

ARTICULO 3º: Los empleos de carácter temporal, creados en el presente decreto, deberán dirigirse al cumplimiento de las funciones que dieron lugar a la creación de los mismos, de conformidad con lo señalado en la Ley 909 de 2004 y el Decreto número 1083 de 2015 y proveerse en los términos señalados en la Ley y la Sentencia C-288 de 2014. (...)” Subrayado fuera de texto.

La Sentencia **C-288 de 2014** se ocupó de estudiar la constitucionalidad parcial del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, en particular el siguiente aparte subrayado:

ARTÍCULO 21. EMPLEOS DE CARÁCTER TEMPORAL.

De acuerdo con sus necesidades, los organismos y entidades a los cuales se les aplica la presente Ley, podrán contemplar excepcionalmente en sus plantas de personal empleos de carácter temporal o transitorio. Su creación deberá responder a una de las siguientes condiciones:

(...)

3. El ingreso a estos empleos se efectuará con base en las listas de elegibles vigentes para la provisión de empleos de carácter permanente, sin que dichos nombramientos ocasionen el retiro de dichas listas. De no ser posible la utilización de las listas se realizará un proceso de evaluación de las capacidades y competencias de los candidatos.”

Luego de examinar el carácter de los empleos temporales y los principios constitucionales de la carrera administrativa señaló en sus consideraciones:

“3.6.2.5.2. Constitucionalidad de la interpretación en virtud de la cual no existe una completa discrecionalidad del nominador, sino que por el contrario, el mismo está limitado por los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad

El mecanismo de ingreso a los empleos temporales es un desarrollo de la función pública, por lo cual en relación con el mismo no existe una completa discrecionalidad del nominador, sino que por el contrario se encuentra limitado por los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, teniendo en cuenta que, tal como se expresó en el capítulo de 3.5 de esta sentencia, todas las formas de ingreso al empleo público están limitadas por los principios de la función pública.

En este sentido, se considera plenamente justificado que exista un procedimiento distinto al concurso público para la provisión de los empleos temporales, pero la salvaguarda del principio de eficacia no justifica que el nominador pueda actuar de manera arbitraria y sin ningún límite en el establecimiento del procedimiento para la selección de los servidores públicos.

La norma demandada no autoriza la discrecionalidad del nominador para la selección del empleado temporal, como sucedería con los empleos de libre nombramiento y remoción, pues lo limita directamente por el mérito al exigir la evaluación de las competencias y capacidades de los candidatos.

*En este sentido, mientras lo que caracteriza a los empleos de libre nombramiento y remoción es la discrecionalidad del empleador en el ingreso y retiro del funcionario, pues son por regla general empleos de dirección y confianza²², el fundamento de los cargos temporales no es la discrecionalidad, sino la necesidad de consagrar un procedimiento ágil que permita solucionar transitoriamente necesidades de la función pública **pero que a la vez salvaguarde el debido proceso administrativo, por lo cual, la primera opción deberá ser la utilización de la lista de elegibles** y en su defecto se deberá realizar un proceso para la evaluación de las competencias y capacidades de los candidatos que en todo caso respete los principios de la función pública.*

*Por lo anterior, **se considera que la única interpretación compatible con la Constitución implica reconocer que no existe una absoluta discrecionalidad del nominador, sino que por el contrario el mismo está limitado por los principios de la función pública de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad***

“3.6.3. La aplicación de los principios de la función pública en el ingreso a los empleos temporales

La interpretación constitucional de la expresión demandada de acuerdo a los principios de la función pública, exige el cumplimiento de los siguientes parámetros mínimos para garantizar la igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad del proceso de ingreso a los empleos temporales:

3.6.3.1. Solicitud de las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil

El numeral 3° del artículo 21 de la Ley 909 de 2004 exige la aplicación de las listas de elegibles para la provisión de los empleos temporales, procedimiento que resulta fundamental para garantizar el principio constitucional del mérito y además otorga una solución eficaz para la provisión de estos cargos.

Según lo dispuesto en el literal e) del artículo 11 de la Ley 909 de 2004, la entidad encargada de conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles y de remitir a las entidades las listas de personas con las cuales se deben proveer los empleos de carrera administrativa es la Comisión Nacional del Servicio Civil. Si bien los empleos temporales no son de carrera administrativa, las listas que deben utilizarse para la provisión de estos

²² Entre otras, las sentencias C-553 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; C-230 A de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil; C-161 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán; C-1177 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-368 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-306 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-037 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-129 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; SU539 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
 Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
 Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

empleos son las de la carrera administrativa, por lo cual las mismas deberán solicitarse a la Comisión Nacional del Servicio Civil²³.

Por lo anterior, para la provisión de los empleos temporales los nominadores deberán solicitar las listas de elegibles a la Comisión Nacional del Servicio Civil anexando como mínimo la información exigida en el artículo 19 de la Ley 909 de 2004 para el diseño del empleo, es decir:

- “a) La descripción del contenido funcional del empleo, de tal manera que permita identificar con claridad las responsabilidades exigibles a quien sea su titular;*
- b) El perfil de competencias que se requieren para ocupar el empleo, incluyendo los requisitos de estudio y experiencia, así como también las demás condiciones para el acceso al servicio. En todo caso, los elementos del perfil han de ser coherentes con las exigencias funcionales del contenido del empleo;*
- c) La duración del empleo siempre que se trate de empleos temporales”.*
(Subrayado fuera de texto)

De lo hasta acá expuesto se tiene que, conforme a la única interpretación compatible con la Constitución realizada por la Corte Constitucional en la sentencia acabada de transcribir, para proveer empleos temporales **creados** en la planta temporal, **el nominador tenía el deber de acudir, en primer lugar, a la lista de elegibles.**

Vista la certificación que obra a folio 10, el accionante estuvo vinculado en el cargo de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 como “supernumerario” desde el 16 de diciembre de 2016 hasta el 15 de agosto de 2017; y **en provisionalidad desde el 18 de agosto de 2017 hasta el 7 de enero de 2019.** Conforme lo señala el hecho primero de la demanda (fl. 1) **el retiro ocurrió como consecuencia de la posesión de quien superó el concurso de méritos en el que también participó el ahora accionante.**

Si así ocurrieron los hechos, concluye la Sala, que si quien reemplazó al accionante se posesionó hasta el **7 de enero de 2019** como consecuencia del concurso en el que los dos participaron – el accionante y el posesionado – el posesionado ocupaba cuando menos un puesto superior, pero no los doce convocados por el concurso pues, la provisionalidad del accionante, únicamente era viable una vez provistos, se repite, los doce de la convocatoria. Nada justifica entonces que en iguales términos se hubiera procedido frente al accionante.

Ahora, el Decreto 1479 de 2017 “Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras” y se dictan otras disposiciones.”, en su artículo 3º dispuso “Las funciones propias del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras” serán cumplidas por la planta de personal que se

²³ Este criterio ha sido sostenido por la Comisión Nacional del Servicio Civil en la circular CNSC 001 del 29 de enero de 2013.

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
 Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
 Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

311

establece a continuación: (...)” y contempló en la Planta Global 1417 cargos de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17.

El 22 de noviembre de 2018 la CNSC, mediante la Resolución No. 20182230156785 (fls. 31 a 33), revocó el artículo 4° de todos los actos administrativos que conformaron listas de elegibles, **incluyendo el de la OPEC 34262** en la que participó el accionante. Decía tal norma de la convocatoria:

“ARTÍCULO CUARTO. - Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados”. - Resalta la Sala-

Lo anterior al considerar que su redacción contrariaba lo dispuesto en la Sentencia SU-446 de 2011, el Decreto 1894 de 2012 que fuera compilado en el Decreto 1083 de 2015, normas que únicamente convalidaban el uso de la lista.

Sea dicho que la Sentencia SU-446 de 2011, fue dictada en el marco de **acciones de tutela acumuladas por similitud fáctica** y giró en torno 6 convocatorias para proveer 4.697 cargos de carrera para diferentes empleos de la Fiscalía General de la Nación, conforme al reglamento de concursos de la entidad, contenido en el Acuerdo 01 de 2006. Esta sentencia de **tutela** tuvo efecto *inter comunis*, **es decir efectos para las partes involucradas en ese concurso en particular** y allí se precisó que:

“...En ese sentido, es claro que las reglas del concurso son invariables tal como lo reiteró esta Corporación en la sentencia SU-913 de 2009 al señalar “...resulta imperativo recordar la intangibilidad de las reglas que rigen las convocatorias de los concursos públicos para acceder a cargos de carrera en tanto no vulneren la ley, la Constitución y los derechos fundamentales en aras de garantizar el derecho fundamental a la igualdad, así como la inmodificabilidad de las listas de elegibles una vez éstas se encuentran en firme como garantía de los principios de buena fe y confianza legítima que deben acompañar estos procesos.”²⁴

Es indiscutible, entonces, que las pautas del concurso son inmodificables y, en consecuencia, a las entidades no le es dado variarlas en ninguna fase del proceso, por cuanto se afectarían principios básicos de nuestra organización, como derechos fundamentales de los asociados en general y de los participantes en particular...”

Lo anterior, sin embargo, a juicio de esta Sala no incide en las condiciones del concurso que da lugar a esta acción pues, aún admitiendo la revocatoria parcial de la convocatoria años después de culminado el concurso para variar sus condiciones,

²⁴ *Ibidem*, pág 129.

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
 Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
 Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

lo cierto es que la Ley 909 de 2004, continuaba regulando el derecho consolidado en la lista, bajo el marco del artículo 10 numeral 4° que preceptuaba:

“4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.”

Y es que, en este caso, el concurso se efectuó para el cargo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17; este mismo empleo fue creado luego con carácter temporal y ya se explicó que, en la Sentencia C-288 de 2014, a juicio de la Corte al examinar la constitucionalidad del artículo 21 de la Ley 909 de 2004, mientras existiera lista de elegibles debían proveerse las vacantes de los cargos creados fuera del concurso, usando en primer lugar la lista de elegibles. En estas condiciones, **si los mismos cargos**, antes temporales se convierten en permanentes, la misma razón de hecho y de derecho ha de aplicarse.

Ahora bien, la Ley 1960 de 2019²⁵, en su artículo 6° modificó el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, así:

“4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.” (Resaltado y subrayado fuera de texto)

Entonces, como a la fecha de expedición de la Ley 1960 de 2019 artículo 6° aún no se había consolidado la expectativa de nombramiento y en ella se dispuso que “...las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.”, serían provistas con las listas de elegibles vigentes, no queda duda que esa norma gobernaba la situación del accionante y por ello al ocupar un puesto en la lista de elegibles que daba lugar a su nombramiento, ahora en un cargo permanente de la planta global, esa lista no podía ser reemplazada por otra conformada mediante concurso interno en tanto, se reitera, la Sentencia C-288 de 2014, señaló que “...la primera opción **deberá ser la utilización de la lista de elegibles** y en su defecto se deberá realizar un proceso para la evaluación de las competencias y capacidades...”

²⁵ “Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”.

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
 Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
 Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

312

A juicio de esta Sala era aplicable la retrospectividad, interpretación que, adicionalmente, permite la protección de derechos fundamentales y, por ello, amerita ser acogida, bajo la óptica de la **existencia de cargo vacante para el cual fue convocado el concurso**, el cual coincide con la aclaración al “CRITERIO UNIFICADO” de la Sala Plena de la Comisión Nacional del Servicio Civil en el que se señaló:

*“...Así mismo, en las razones de derecho del criterio se menciona que desde el Decreto 1894 de 2012, las listas solo podrán ser utilizadas **para proveer de manera específica las vacancias definitivas que se generarán en los mismos empleos inicialmente provistos.***

*En ese sentido, y con el propósito de dar claridad sobre lo determinado en el criterio, respecto al uso de las listas expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados **antes del 27 de junio de 2019**, se precisa que la expresión “vacantes ofertadas” cobija tanto a las que fueron objeto del proceso de selección como para las vacantes que se generen con posterioridad a la convocatoria y que correspondan a los “mismos empleos” entendiéndose por estos, los empleos que poseen los mismos componentes de: denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito y funciones.” (fl. 54) (Resaltado y subrayado fuera de texto)*

En efecto, como se precisó en el marco jurisprudencial de esta sentencia, aquellas situaciones jurídicas consolidadas seguirán siendo reguladas por la legislación que desde un principio las gobernó; pero aquellas las que surgieron bajo la protección de la norma anterior y se consolidaron bajo la norma posterior, se siguen por esta última.

Bajo esta premisa, la Sala encuentra que es dable aplicar retrospectivamente la Ley 1960 de 2019 al accionante, puesto que su situación – ingreso al servicio público - no se encuentra consolidada como consecuencia de la Convocatoria 433 de 2016.

Analizado en conjunto el acervo probatorio allegado al expediente, considera la Sala no existe discusión alguna sobre los siguientes hechos:

- i. Fabián Orlando Orjuela Ramírez, ocupó la posición 16 dentro de la lista de elegibles para ocupar el cargo de Defensor de Familia Grado 17 Código 2125 en el Centro Zonal Tunja, ofertado en la OPEC 34262;
- ii. Las personas que figuran en las primeras quince posiciones de la lista ya fueron nombradas;
- iii. Con posterioridad a la Convocatoria 433 de 2016, se generaron cinco vacantes definitivas para el cargo de **Defensor de Familia Grado 17 Código 2125**, en la Regional Boyacá, con **características idénticas** a las de la OPEC 34262, provistos **en provisionalidad**, tal como se lee en el artículo 6° de la Resolución No. 7781 del 5 de septiembre de 2017(fl. 185

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
 Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
 Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

a 191), es decir, desconociendo la lista de elegibles. De los tres nombrados dos de ellos no se encuentran en la lista de elegibles y el señor Hamón Naranjo ocupó el puesto 20 luego del accionante que ocupó, para entonces, el puesto 16 (fl. 26 vto.)

En criterio de la Sala, el proceder del ICBF, no atiende a los principios fundamentales de acceso a la carrera administrativa por meritocracia, en especial el artículo 125 de la Constitución Política, tratados ampliamente en la citada Sentencia C-288 de 2014 que, por su utilidad al caso se trascibe de forma extensa, pues recogen nutrida jurisprudencia de esa Corte sobre este tópico:

3.5.1. LOS PRINCIPIOS ESPECÍFICAMENTE APLICABLES A LA CARRERA ADMINISTRATIVA

La Corte Constitucional ha reconocido que la carrera administrativa se rige por los principios de la administración y en especial por los de igualdad, mérito y estabilidad²⁶, los cuales se analizarán a continuación:

3.5.1.1. Principios de la función pública

La carrera administrativa, tal como la concibió el Constituyente de 1991, permite que la función pública sea desarrollada por personas calificadas y “bajo la vigencia de los principios de eficacia, eficiencia, moralidad, imparcialidad y transparencia”²⁷.

En este sentido, existe una estrecha relación entre el cumplimiento de los fines del Estado y la prioridad que el constituyente otorga a la carrera administrativa, “que se explica en la naturaleza del sistema y en los principios que lo fundan”²⁸, dado que “la operatividad material de los sistemas de carrera administrativa impide la reproducción de prácticas clientelistas y otras formas de favorecimiento a través de la concesión irregular de empleos estatales, comportamientos estos que alejan a la función pública de la

²⁶ Sentencia de la Corte Constitucional C-954 de 2001. M. P. Jaime Araujo Rentería: “Además de los principios de moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política, la carrera administrativa deberá desarrollarse fundamentalmente en los siguientes:

- Principio de igualdad, según el cual para el ingreso a los empleos de carrera se brindará igualdad de oportunidades, sin discriminación de ninguna índole, particularmente por motivos como credo político, raza, religión o sexo; de la misma forma, para el ascenso, la estabilidad y la capacitación de quienes pertenezcan a la carrera, las organizaciones y entidades garantizarán que los empleados participen con criterio de igualdad y equidad.

- Principio del mérito, según el cual el acceso a cargos de carrera, la permanencia en los mismos y el ascenso estarán determinados por la demostración permanente de las calidades académicas y la experiencia, el buen desempeño laboral y la observancia de buena conducta de los empleados que pertenezcan a la carrera y de los aspirantes a ingresar a ella.”

De igual forma, el funcionario de carrera goza de una garantía de permanencia en su cargo, en armonía con el artículo 53 de la Carta, la cual, sin embargo, está sujeta a la ocurrencia o no de las situaciones previstas en el artículo 125 superior, que consagra los eventos en que procede el retiro del servidor público inscrito en carrera administrativa, a saber: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley

²⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-954 de 2001. M. P. Jaime Araujo Rentería.

313

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

satisfacción del interés general y del cumplimiento de los fines esenciales del Estado²⁹.

En este orden de ideas, la Corte ha puntualizado que existe “una relación intrínseca” entre la carrera administrativa y el cumplimiento de los fines esenciales de la administración pública, al punto que, según la Corporación, el fundamento constitucional de la carrera administrativa se encuentra en los artículos 125 y 209 superiores, ya que, en ausencia de los criterios de mérito y eficiencia, “la función administrativa no puede estar al servicio de los intereses generales ni podrá ser desarrollada con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”³⁰.

3.5.1.2. Principio de igualdad

El numeral 7 del artículo 40 de la Constitución Política establece el derecho fundamental de todo ciudadano a participar en condiciones de igualdad en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede, entre otras, tener acceso al desempeño de funciones y cargos públicos, acogiéndose a las reglas del concurso público y con sujeción a los méritos y calidades propios (C.P. art 125). Esta posibilidad se deriva de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que, reconociendo la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley, declara que pueden acceder “a todas las dignidades, todos los puestos o empleos, según su capacidad y sin otra distinción que aquella de sus virtudes y talentos”³¹.

De ahí que haya precisado la Corte que el principio de igualdad está en contradicción con cualquier regulación que establezca requisitos ajenos al mérito y capacidad de los participantes, sin suficiente fundamento objetivo o que las pruebas no sean valoradas en forma razonable y proporcional a su importancia, teniendo en cuenta el cargo a proveer, pues con ello se estaría obstruyendo el derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad³².

Con relación al principio de igualdad de oportunidades, tiene dicho la jurisprudencia de la Corte³³, que consiste en la posibilidad que tienen todas las personas para compartir la misma posibilidad de conseguir un empleo, así luego, por motivos justos, no se obtengan las mismas posiciones o no se logre la aspiración deseada. Por ello, la posibilidad de acceso a los empleos estatales, bajo el régimen de carrera, permite que las expectativas que tienen aquéllas se concreten en el reconocimiento de iguales oportunidades, sin que les sea permitido a las autoridades otorgar tratos preferentes, sin justificación objetiva³⁴.

Tratándose de la relación de la carrera administrativa con el derecho a la igualdad, la Corporación ha indicado que “el acceso a la carrera mediante

²⁹ Sentencias de la Corte Constitucional C-315 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño y C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁰ Sentencias de la Corte Constitucional C-901 de 2008. M. P. Mauricio González Cuervo y C-588 de 2009, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

³² Sentencias de la Corte Constitucional C-211 de 2007, M.P. Álvaro Tafur Galvis. Ver además entre otras, las Sentencias C-555 de 1994, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-507 de 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-245 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell; SU-250 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-741 de 1998, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-153 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-155 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; C-647 de 2000, M.P. Fabio Morón Díaz; C-292 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-808 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-973 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; C-421 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; C-1040 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

³³ Sentencia de la Corte Constitucional C-023-1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

³⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-1381 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
 Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
 Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

concurso dirigido a determinar los méritos y calidades de los aspirantes es una manifestación concreta del derecho a la igualdad” que se opone al establecimiento de “requisitos o condiciones incompatibles y extraños al mérito y a la capacidad de los aspirantes”, pues, en tal evento, se erigirían “barreras ilegítimas y discriminatorias que obstruirían el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales”³⁵.

En este sentido, “la posibilidad de acceso a los empleos estatales, bajo el régimen de carrera, permite que las expectativas que tienen (las personas) se concreten en el reconocimiento de iguales oportunidades, sin que les sea dado a las autoridades otorgar tratos preferentes” o carentes de “justificación objetiva”³⁶ e implica, por lo tanto, “que las convocatorias sean generales y que los méritos y requisitos que se tomen en consideración tengan suficiente fundamentación objetiva y reciban, junto a las diferentes pruebas que se practiquen, una valoración razonable y proporcional a su importancia intrínseca”³⁷.

En todo caso, un trato legal diferente no implica automáticamente una violación de la igualdad, siempre y cuando el Legislador persiga objetivos constitucionales legítimos y la diferencia de trato constituya un medio adecuado, proporcionado y razonable para la consecución de la finalidad perseguida³⁸. El principio de la igualdad no puede ser entendido como una prohibición de las diferencias, sino como una exigencia de que las distinciones que se establezcan tengan una justificación objetiva y razonable. En otras palabras, el principio de igualdad tan sólo veda la arbitrariedad en las diferencias de trato³⁹.

3.5.1.3. Principio del mérito

El constituyente de 1991 privilegió el mérito como el criterio que define la forma de acceso a la función pública y, en consecuencia, estableció el concurso público como la manera de establecerlo -salvo para los cargos de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los que determine la Ley-. Específicamente, el artículo 125 de la Carta autoriza al legislador para: **(i)** fijar requisitos y condiciones determinantes del méritos y calidades de los aspirantes; **(ii)** definir las causales de retiro -además de la calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, la violación del régimen disciplinario y las señaladas por la Constitución- y prohíbe tomar la filiación política de los ciudadanos para determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción⁴⁰. Al respecto, puntualizó:

De conformidad con la interpretación que de las disposiciones superiores ha realizado la Corte Constitucional, la carrera administrativa “se fundamenta única y exclusivamente en el mérito y la capacidad del funcionario público”, mérito que, en tanto elemento destacado de la carrera administrativa, comparte el carácter de regla general que a ésta le corresponde. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los principios generales de la carrera administrativa se enfocan “todos ellos a la eficacia del criterio del mérito como factor definitorio para el acceso, permanencia y retiro del empleo

³⁵ Sentencias de la Corte Constitucional, Sentencia C-041 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ Sentencias de la Corte Constitucional C-041 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁸ Sentencia de la Corte Constitucional C-527 de 1994 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

³⁹ Sentencia de la Corte Constitucional C-126 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁴⁰ Sentencias de la Corte Constitucional C-195 de 1994, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y C-901 de 2008, M.P. Mauricio González Cuervo.

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
 Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
 Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

314

público⁴¹ y, en esa medida, el artículo 125 superior establece el criterio del mérito como regla general⁴².

La Corte Constitucional se ha referido al mérito como fundamento consagrado en la Carta Política para el ingreso y ascenso a la carrera pública, en los siguientes términos:

"La ratio iuris de una carrera no es otra que la de racionalizar la administración mediante una normatividad que regule el mérito para el ingreso, el ascenso, los concursos, la capacitación, las situaciones administrativas y el retiro del servicio. Con ello se objetiva el manejo del personal y se sustraen los empleos de factores subjetivos. La idea de "mérito" es la piedra de toque del ingreso a la carrera. Tal idea es heredera espiritual de las ideas platónicas acerca del filósofo-rey. (Corte Constitucional C-071 del 25 de febrero de 1993. M.P. Dr. Alejandro Martínez Caballero)⁴³.

Esto significa entonces, que el mérito, es la condición esencial para el ingreso, permanencia y la promoción en la función pública, y que le corresponde al Legislador la determinación del régimen jurídico correspondiente, señalando el sistema de nombramiento, los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes así como las causales de retiro del servicio oficial, para lo cual goza de un amplio margen de configuración dentro de los límites que impone la carrera como principio del ordenamiento superior y el marco constitucional fijado para desarrollar este criterio que ha sido determinado por la jurisprudencia constitucional⁴⁴.

3.5.1.4. Principio de estabilidad

Este principio, entendido como "la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo,"⁴⁵ constituye un factor esencial de protección para el trabajador y, en cuanto se refiere a los servidores públicos, se instituye también en una forma de garantizar la eficacia en el cumplimiento de las funciones confiadas al Estado⁴⁶.

La Corte sobre este mismo punto ha afirmado que "...el principio general en materia laboral para los trabajadores públicos es la estabilidad, entendida como la certidumbre que debe asistir al empleado en el sentido de que, mientras de su parte haya observancia de las condiciones fijadas por la ley en relación con su desempeño, no será removido del empleo. (...) Esa estabilidad resulta ser esencial en lo que toca con los empleos de carrera, ya que los trabajadores inscritos en ella tan solo pueden ser separados de sus cargos por causas objetivas, derivadas de la evaluación acerca del rendimiento o de la disciplina del empleado"⁴⁷.

De conformidad con el principio de estabilidad plasmado en los artículos 53 y 125 constitucionales, todos los trabajadores, ya sea que estén vinculados al sector privado o que se trate de servidores del Estado pertenecientes al sistema

⁴¹ Sentencia de la Corte Constitucional C-315 de 2007. M. P. Jaime Córdoba Triviño.

⁴² Sentencias de la Corte Constitucional C-349 de 2004. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-588 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁴³ Sentencia de la Corte Constitucional C-011 de 1996, M.P. Hernando Herrera Vergara.

⁴⁴ Sentencia de la Corte Constitucional C-753 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería y SU – 086 de 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

⁴⁵ Sentencia de la Corte Constitucional C-479 de 1992, MP: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero.

⁴⁶ Sentencias de la Corte Constitucional C-048 de 1997, MP: Hernando Herrera Vergara y C-838 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁴⁷ Sentencia de la Corte Constitucional C-479 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero y C-501 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
 Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
 Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

de carrera, tienen una expectativa cierta y fundada de conservar el empleo en cuanto cumplan con sus obligaciones laborales.⁴⁸

En todo caso, la Corte ha igualmente precisado que la estabilidad laboral no configura un derecho fundamental y, en principio, no forma parte del núcleo esencial del derecho al trabajo. De suerte que, la estabilidad laboral, por regla general, no es objeto de protección a través de la acción de tutela, a menos que, por circunstancias especiales y dada su conexidad inescindible con un derecho fundamental y con otros principios, derechos y valores previstos en la Constitución sea procedente la protección reforzada de determinados trabajadores⁴⁹.

En el mismo orden de ideas la Corte ha señalado que el derecho a la estabilidad puede ser restringido para garantizar la vigencia de bienes constitucionales como por ejemplo la igualdad de oportunidades y los derechos de participación política, respetando en este, como en todo ejercicio de la potestad de configuración normativa por el Legislador los principios de racionalidad y proporcionalidad⁵⁰.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que el referido principio no implica una inamovilidad absoluta e injustificada en el trabajo⁵¹, pues por medio del sistema de la evaluación en el desempeño y la calificación de los servicios se puede determinar la permanencia o no en el empleo⁵²... ” Subrayado fuera de texto.

Así se concluye que las nuevas vacantes permanentes creadas para el empleo de Defensor de Familia Grado 17 Código 2125 dentro de la Regional Boyacá, deben ser ocupadas por aquellas personas que conformen las listas de elegibles vigentes para dichos cargos, situación en la cual se encuentra el accionante.

Conforme lo aquí expuesto, la sentencia de primera instancia será confirmada.

Por último, en lo que tiene que ver con la situación personal o laboral expuesta por el tercero interviniente Luis Fernando Hamon Naranjo, tanto el accionante como él participaron en igualdad de condiciones, ocupando en la lista de elegibles los puestos 20 y 16, respectivamente, fue la razón por la cual la a-quo lo vinculó a la acción en el auto admisorio (fls.83 y s.s.), advirtiéndole que ocupa **uno de los tres cargos provistos en provisionalidad.**

Ahora, la sentencia ordenó **proceder al nombramiento del accionante en período de prueba en uno los cargos vacantes** creados mediante el Decreto 1479 del 4 de

⁴⁸ Sentencias de la Corte Constitucional, C-479 de 1992, MP: José Gregorio Hernández Galindo y Alejandro Martínez Caballero. La Corte declara inexecutable una norma dictada en desarrollo de facultades extraordinarias que establecía un sistema especial de retiro para empleados de carrera con declaratoria de insubsistencia e indemnización o retiro voluntario con compensación, por violar el principio de estabilidad consagrado en el artículo 125 Superior.

⁴⁹ Sentencias de la Corte Constitucional T-678 de 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-575 de 2002 M.P. Rodrigo Escobar Gil En el mismo sentido C-714 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-734 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁵⁰ Sentencia de la Corte Constitucional C-734 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

⁵¹ Corte Constitucional. M.P. Vladimiro Naranjo

⁵² Sentencia de la Corte Constitucional C-1381 de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

315

Accionante: **Fabián Orlando Orjuela Ramírez**
Accionados: Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF y otros.
Expediente: 15001-33-33-012-2020-00007-01
Acción: Tutela

septiembre de 2017 denominado Defensor de Familia código 2125 grado 17, como el interviniente ocupa uno de los empleos es claro que el mismo no está vacante, en tales condiciones, existen dos empleos en los que no se ha nombrado a nadie y dos ocupados provisionalmente con personas que no concursaron.

Lo anterior es suficiente para señalar que huelga examinar las condiciones subjetivas del señor Hamon Naranjo, circunstancia que habrá de ser valorada, únicamente, en caso de que el cumplimiento de esta sentencia llegue a afectarlo de manera directa. En ese escenario habría lugar a valorar las condiciones particulares del vinculado, pero ahora, no pasaría de ser una especulación, pues la accionada a esta altura no ha probado, siquiera, que haya iniciado los trámites ante la CNSC para que se le autorice el uso de la lista de elegibles, como fue ordenado y mucho menos se puede determinar en cuál de los cargos vacantes será designado el accionante.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

Primero. Confirmar la sentencia proferida el 5 de febrero de 2020 por el Juzgado Doce Administrativo Oral del Circuito de Tunja, en la acción de tutela iniciada por Fabián Orlando Orjuela Ramírez, por lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

Segundo. Notificar a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991 o por cualquier medio tecnológico idóneo a disposición de la secretaría de ésta Corporación.

Tercero. En firme la providencia, enviar el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión conforme al mandato del artículo 33 del Decreto 2591 de 1991.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión celebrada en la fecha. Notifíquese y cúmplase,


CLARA ELISA CIFUENTES ORTIZ

Magistrada


JOSÉ A. FERNÁNDEZ OSORIO
Magistrado


OSCAR GRANADOS NARANJO
Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

Departamento de Boyacá
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
 DE SANTA ROSA DE VITERBO**
“Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación”
Ley 1128 de 2007
SALA ÚNICA

ACTA DE DISCUSIÓN DE PROYECTOS No. 068

En Santa Rosa de Viterbo, a los veinticinco (25) días del mes de junio de dos mil veinte (2020), se reunieron los suscritos Magistrados integrantes de la Sala Cuarta de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial, LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO, JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL y EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA, quien preside el acto como Magistrado Ponente, con el fin de discutir el siguiente proyecto:

1.- ACCIÓN DE TUTELA No 15238-31-04-002-2020-00002-01 de LUIS ORLANDO BUITRAGO SÁNCHEZ contra ICBF, CNSC y OTROS. Abierta la discusión, se dio lectura al mencionado proyecto, el cual fue aprobado por unanimidad.

En constancia se firma por los intervinientes.



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
 Magistrada



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
 Magistrado

REPÚBLICA DE COLOMBIA

Departamento de Boyacá

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE SANTA ROSA DE VITERBO**
*“Patrimonio Histórico y Cultural de la Nación”
Ley 1128 de 2007*

SALA ÚNICA

CLASE DE PROCESO	:	TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
RADICACIÓN	:	15238-31-04-002-2020-00002-01
ACCIONANTE	:	LUIS ORLANDO BUITRAGO SÁNCHEZ
ACCIONADO	:	ICBF, CNSC y OTROS
DECISIÓN	:	REVOCA
APROBACIÓN	:	ACTA DE DISCUSIÓN N° 68
MAGISTRADO PONENTE	:	EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA

Santa Rosa de Viterbo, veinticinco (25) de junio de dos mil veinte (2020).

ASUNTO A DECIDIR:

La impugnación formulada por el accionante, en contra de la sentencia del 18 de mayo de 2020 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Duitama.

PRETENSIONES Y HECHOS DE LA DEMANDA DE TUTELA:

LUIS ORLANDO SÁNCHEZ BUITRAGO presentó demanda de tutela en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DEL BIENESTAR FAMILIAR –ICBF- y de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, en adelante CNSC, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad y acceso a cargos públicos, presuntamente transgredidos en virtud de la negativa de la entidad a realizar su nombramiento en propiedad como Defensor de Familia Grado 17.

Pretende el accionante que, previa tutela de sus derechos fundamentales, se ordene al ICBF y a la CNSC adelantar todas las actuaciones administrativas necesarias para que, haciendo uso de la lista de elegibles conformada mediante resolución N° CNSC20182230072545 del 17-07-2018 sea nombrado en periodo de prueba en el cargo de Defensor de Familia, Código 2125, grado 17, asignado al Centro Zonal Duitama.

Funda la demanda, en síntesis, en los siguientes hechos:

1.- LUIS ORLANDO SÁNCHEZ BUITRAGO ingresó a laborar en el ICBF el 09 de febrero de 2010, como Defensor de Familia en provisionalidad en el Centro Zonal Ciudad Bolívar y luego trasladado al Centro Zonal Duitama.

2.- En el mes de septiembre de 2016 la CNSC convocó a concurso de méritos para proveer las vacantes definitivas de la planta de planta de personal del ICBF, por lo que se inscribió para concursar por el cargo identificado con código OPEC N° 34248 donde ofertaron 06 Vacantes de Defensor de Familia para el Centro Zonal de Duitama.

1.3.- Mediante Resolución N° 20182230072545 del 17 de julio de 2018 la CNSC para el cargo al que concursó, obteniendo un puntaje de 73.08 que lo ubicó en la casilla 09, de los cuales se encuentran nombrados los concursantes ubicados hasta la casilla N° 08, lo que lo hace que se encuentre primero en la lista de elegibles, esto teniendo en cuenta que, con resolución No. 11806 del 19 de diciembre de 2019, el ICBF nombró en periodo de prueba a ROSA ALEGRÍA MUÑOZ RICO, quien había quedado en el puesto 08 de la lista. Advierte que la referida lista de elegibles tiene vigencia de dos años.

3.- El 22 de Noviembre de 2018 la CNSC, expidió la Resolución No, CNSC-20182230256785, mediante la cual revocó el artículo 4º de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidos con ocasión de la convocatoria No. 433 de 2016, que establecía que *“Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de méritos para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia n los mismos empleos convocados”*

4.- Como consecuencia de lo anterior, el ICBF no pudo utilizar la lista de elegibles contenida en la resolución N°20182230072545 del 17 de Julio de 2018 en la que el accionante se encuentra en turno, ante el nombramiento de quienes ocupan las primeras ocho casillas.

5.- El Gobierno expidió el Decreto 1479 de 2017, por medio del cual *“se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF”*, suprimiendo 328 cargos de carácter temporal, cuya denominación era Defensor de Familia código 2125 grado 17, y creó los mismos 328

con carácter permanente, determinando que debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en el Decreto Ley 909 de 2004; asimismo, estableció que el Director General del ICBF, mediante resolución distribuiría los empleos de la planta global ya mencionados y ubicaría al personal teniendo en cuenta la estructura, los procesos, los planes, los programas y necesidades de la entidad.

6.- El 05 de septiembre de 2017 el ICBF expidió la resolución N° 7746 a través de la cual se reorganizó la planta de persona y se crearon 5 cargos denominados: Defensor de Familia, código 2125, grado 17 para el ICBF-Regional Boyacá; igualmente, se expidió la resolución N° 7781 mediante la cual se realizaron unos nombramientos de provisionalidad respecto de los cargos creados por el Gobierno en el Decreto 1479 de 2017.

7.- Asegura el accionante que, frente a los 5 cargos creados para la Región Boyacá, solo fueron provistos 3, quedando vacantes 2 cargos, uno de ellos en la ciudad de Duitama, que actualmente también se encuentra vacante, ya que la persona que se encontraba en ese puesto fue nombrada en propiedad.

8.- El 27 de junio de 2019 se expidió la Ley 1960, que modificó la ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998, estableciendo que el artículo 31 de la mencionada Ley 909 quedaba así: *“Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”*

9.- El 1º de agosto de 2019 se aprobó y se expidió el criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, estableciéndose que las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria, y que el 22 de noviembre de 2019 la CNSC emitió aclaración sobre dicho criterio, donde se precisó que la expresión vacantes ofertadas cobija tanto a los que fueron objeto del proceso de selección como para los que se generen con posterioridad y que corresponden a los mismos empleos.

10.- Teniendo en cuenta lo anterior, el accionante presentó derecho de petición al ICBF el 20 de Febrero de 2020, por medio del cual requirió que se realizara la actuación administrativa correspondiente y solicitara al CNSC autorización del uso directo de la lista de elegibles, para que fuera nombrado en periodo de prueba en el cargo de Defensor de Familia en el Centro Zonal de Duitama, ya que existía una vacante definitiva creada con posterioridad a la convocatoria 433 de 2016 y que su lista de elegibles estaba vigente cuando se expidió la nueva ley, petición que fue negada bajo el argumento de que no le es aplicable la Ley 1960, ya que los acuerdos de la convocatoria 433 de 2016 fueron aprobados con anterioridad al 27 de Junio de 2019.

11.- En la página de la Comisión Nacional del Servicio Civil se indican las próximas convocatorias para el 2020, por lo tanto, considera necesario ejercer ésta acción para evitar que sus derechos queden irremediabilmente afectados.

ACTUACIÓN PROCESAL

1.- El conocimiento del asunto correspondió por reparto, al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, judicatura que, mediante auto de 11 de febrero de 2020, admitió la demanda de tutela y corrió traslado de la misma a las entidades accionadas.

2.- Surtido el Trámite procesal, en sentencia de fecha 24 de febrero de 2020 negó por improcedente la demanda de tutela, decisión que fue recurrida en apelación por el accionante.

3.- Recibidas las diligencias en esta Corporación, mediante auto de fecha 27 de marzo de 2020, con ponencia de la Magistrada Gloria Inés Linares Villalba, se declaró la nulidad de todo lo actuado a partir del fallo de primera instancia, con el objeto de que se vinculara al trámite constitucional a todas las personas que integran la Lista de Elegibles para proveer las vacantes del empleo identificado con el código OPEC No. 34248, denominado Defensor de Familia, Código 2125, grado 17, del sistema General de Carrera Administrativa del ICBF, de la convocatoria No. 433 de 2016

4.- Devueltas la diligencias al Juzgado de origen, en auto del 06 de mayo de 2020 se dio cumplimiento a lo ordenado y se dispuso la vinculación de todos los integrantes de la referida lista de elegibles, corriéndoles traslado de la demanda y sus anexos para que ejercieran su derecho de defensa.

5.- Tanto las accionadas como los vinculados se pronunciaron de la siguiente manera:

5.1.- El **ICBF** solicitó que se negara la demanda por improcedente, toda vez que la misma no cumple con el presupuesto de subsidiariedad para su trámite, en tanto, el actor cuenta con medios de defensa ordinarios para la obtención de sus pretensiones; asimismo, señaló que, en el eventual caso de que se estudiara de fondo la demanda, la misma no podía ser favorable, pues la lista de elegibles de la que hace parte el accionante no le es aplicable la Ley 1960 de 2019, de suerte que con aquella solo se pueden proveer los cargos ofertados al momento de darse apertura a la convocatoria y no los que se creen con posterioridad

5.2.- La **CNSC** señaló que, aunque desconoce los trámites que adelantó el ICBF respecto a su planta de personal, en el caso del accionante no era posible su nombramiento en propiedad, toda vez que el concurso al que se presentó tenía por objeto proveer seis vacantes y él ocupó el puesto 9 en la lista; asimismo indicó que el ICBF informó que ya se efectuó el nombramiento en periodo de prueba y posesionados en el empleo con código 34248 y que el nombramiento de las personas ubicadas en los lugares 7 y 8 de la lista, obedeció por renuncia y derogatoria, respectivamente, de dos de los seis nombramientos efectuados, advirtiendo que los elegibles que no alcanzaron el puntaje requerido para ocupar la posición meritosa para proveer el empleo N° 34248, se encuentran en espera de que se genere una vacante del mismo empleo durante la vigencia de la lista, esto es, hasta el 30 de julio de 2020.

En lo que hace a la solicitud del accionante, adujo que el 16 de enero de 2020 se emitió criterio unificado de parte de la comisión *'Uso de la lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019'* en el cual se estableció que las listas de elegibles conformadas por la CNSC y las que se expidan en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019 deben usarse durante su vigencia, para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, indicó que para hacer uso de la lista de elegibles sobre los mismos empleos ofertados, advirtiendo que desconoce si la entidad cuenta con dichas vacantes.

5.3.- **MANUEL ORLANDO MENA ZAPATA**, a pesar de no hacer parte de la lista de elegibles y tras la comunicación que de la acción constitucional se efectuó en la respectiva página web, se pronunció sobre la acción constitucional precisando que debían ser amparados los derechos fundamentales del accionante, toda vez que las decisiones de las entidades accionadas trasgredían de manera flagrante sus garantías

fundamentales; y aunque precisó no tener interés particular en esta acción constitucional, indicó que hacía parte de la lista de legibles para ocupar un cargo homólogo al del accionante en la ciudad de Cali, por lo que estimó que cualquier decisión en tal sentido podría ser trascendental para la protección de sus derechos.

5.4.- Por su parte, **DINA MARGARITA RUIZ MARTÍNEZ** se opuso a la prosperidad de la demanda de tutela, tras estimar que al señor SÁNCHEZ BUITRAGO no le asiste ningún derecho para ser nombrado como Defensor de Familia, diferente a las que fueron ofertadas al interior de la convocatoria N° 433 de 2016, aunado a que con ello se pretende perjudicar los derechos fundamentales de los defensores de familia que desempeñan el empleo en provisionalidad, aplicando una ley de manera retroactiva.

5.5.- **CAROLA ROJAS TAFUR**, a través de agente oficioso, dio respuesta a la acción de tutela, precisando que la misma no cumple con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad requeridos para su procedencia, por lo que solicitó que la misma se despachara de manera desfavorable; igualmente, indicó que no era procedente la aplicación de la Ley 1960 de 2019 e indicó que, en su caso particular, ha estado vinculada con el ICBF desde el año 2000 en provisionalidad, actualmente cuenta con 63 años de edad y presenta condiciones especiales de salud, por lo que ostenta un retén social como pre pensionable.

Los demás vinculados guardaron silencio sobre el particular.

SENTENCIA IMPUGNADA:

Mediante sentencia del 18 de mayo de 2020, el El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama negó por improcedente la demanda de tutela, tras considerar que el accionante no probó que se hayan configurado circunstancias excepcionales que permitan la intervención del operador judicial, por lo que señaló que no había excusa que justificara el hecho de no haber recurrido al medio de defensa idóneo, expedito u oportuno, ni logró demostrar la existencia de un perjuicio inminente, urgente, grave e impostergable, para ventilar la controversia.

DE LA IMPUGNACIÓN:

Inconforme con la anterior sentencia, el señor LUIS ORLANDO SÁNCHEZ BUITRAGO formuló impugnación, con la pretensión de que se revoque la decisión proferida y, en su lugar, se amparen sus derechos fundamentales, en síntesis, por los siguientes argumentos:

1.- el Juzgado de primera instancia no realizó un estudio riguroso de los argumentos en que se fundamentó la acción, pues lo que está solicitando es la aplicación de la Ley sin atacar un acto administrativo en concreto, de suerte que la acción de tutela era procedente.

2.- En su caso particular, se está causando un daño irreparable, en tanto, el funcionario judicial no estimó que el principio de retrospectividad de la Ley le era aplicable como quiera que la lista de elegibles de la que hace parte se encuentra vigente.

3.- insiste en que, actualmente, existen 4 o 5 fallos de tribunales en los que se han tutelado por circunstancias similares a las suyas, los que pueden llegar a tener efectos *inter-comunis*. Al ser incluido en una lista de elegibles que a la fecha se encuentra vigente, ostenta un derecho subjetivo adquirido, el que no ha podido materializarse por la falta de nombramiento.

LA SALA CONSIDERA:

1.- De la acción de Tutela:

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció la tutela como una acción que tiene toda persona para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o de los particulares en los casos establecidos en la ley; pero que sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

A partir de la anterior definición constitucional se deducen las características o requisitos esenciales de procedencia de la protección de un derecho en sede de este procedimiento, a saber, **(i)** que se trate de un derecho fundamental, **(ii)** que ese derecho esté siendo vulnerado o amenazado, **(iii)** que no exista otro mecanismo de defensa judicial, principio de subsidiariedad y, **(iv)** que en caso de existencia de otro medio,

deba ser utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En cualquier caso, con mayor o menor profundidad según las necesidades, deberán ser tratados los anteriores aspectos.

2.- El problema jurídico

En el presente asunto, debe establecerse si el ICBF y la CNSC han vulnerado los derechos fundamentales de la accionante al no realizar su nombramiento en periodo de prueba como Defensor de Familia código 2125 Grado 17, a pesar de que se encuentra incluido en la lista de elegibles de la convocatoria N° 433, efectuada para proveer en carrearera el cargo de defensor de Familia

3.- Procedencia de la acción de tutela

Como se indicó en precedencia, no existe duda que la procedencia de la acción de tutela para la protección de los derechos fundamentales, se encuentra limitada a la inexistencia de mecanismos ordinarios de defensa que permitan la protección de tales garantías; de ahí que, por regla general esta acción constitucional no procede para ventilar asuntos cuyo conocimiento le ha sido diferido a jurisdicciones específicas como la contencioso administrativa.

A pesar de lo anterior, atendiendo ciertas circunstancias especiales, el análisis de subsidiariedad se hace más flexible en algunos casos en concreto que, por la importancia que revisten y la naturaleza del derecho a proteger, hacen inminente la intervención del juez constitucional.

Así, en tratándose del nombramiento de una persona que se encuentra en lista de elegibles para proveer un cargo en propiedad, ha admitido el máximo tribunal constitucional que la tutela procede para la protección de los participantes que tienen derecho a ser nombrados en propiedad en virtud de un concurso de méritos, así lo ha entendido el máximo Tribunal Constitucional:

“la Corte considera que existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor,

quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos”.

Caso asimilable al propuesto en este asunto, pues la persona que sigue directamente en lista para nombramiento, según se acreditó, es el aquí accionante; asimismo, la trascendencia de esta decisión recae en el hecho incontrovertible de que la lista de elegibles de la que hace parte el señor SÁNCHEZ BUITRAGO se encuentra próxima a perder vigencia, lo que hace inminente, riesgo que el derecho que considera ostentar no pueda verse materializado, situación que para esta Corporación hace procedente la demanda de tutela.

4.- Del derecho de acceso a cargos públicos

El artículo 40 de la Constitución Nacional, establece el derecho que tienen todos los ciudadanos colombianos a participar en la conformación, ejercicio y control de poder político, derecho que se materializa, entre otros, con la posibilidad de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos en las entidades del orden nacional. El derecho a la carrera administrativa fue ampliamente desarrollado por la Ley 909 de 2004, a través de la cual se expidieron las normas regulatorias el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, previendo como principios rectores de la función pública, la igualdad, el mérito, moralidad, eficacia, economía, imparcialidad, transparencia, celeridad y publicidad.

De amplia relevancia resulta hacer mención al mérito como el principio fundamental orientador de los nombramientos en cargos públicos, artículo 125 de la Constitución Política¹, en tanto, debe ser este el principio que debe primar al momento de proveer los cargos en el sector estatal; de ahí que el acceso a cargos públicos, en nuestro ordenamiento jurídico, deba ser considerado como un derecho de carácter fundamental que se encuentra protegido en todas su esferas por las autoridades judiciales, para que no exista ningún tipo de limitación en su acceso. Al respecto ha señalado la Corte Constitucional:

¹ **ARTICULO 125.** *Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley. Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.*

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

El retiro se hará: por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo; por violación del régimen disciplinario y por las demás causales previstas en la Constitución o la ley.

En ningún caso la filiación política de los ciudadanos podrá determinar su nombramiento para un empleo de carrera, su ascenso o remoción.

“En cuanto al alcance del derecho a acceder a cargos públicos, esta Corporación desde sus inicios ha destacado el carácter fundamental de dicho derecho. Así, en la sentencia T-003 de 1992, la Corte señaló al respecto:

“El derecho específico al ejercicio de cargos y funciones públicas merece protección, a la luz de la Constitución Colombiana, no únicamente por lo que significa en sí mismo sino por lo que representa, al tenor del artículo 40, como medio encaminado a lograr la efectividad de otro derecho -genérico- cual es el de participar en la conformación, ejercicio y control del poder político, a objeto de realizar la vigencia material de la democracia participativa.

(...)

En cuanto al ámbito de protección del derecho de acceso a cargos públicos como derecho fundamental, la Corte en la sentencia SU-339 de 2011, hizo referencia a las distintas dimensiones que entran en la órbita de protección de dicho derecho. En palabras del Alto Tribunal:

*“la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que entran dentro del ámbito de protección de este derecho (i) **la posesión de las personas que han cumplido con los requisitos para acceder a un cargo**, (ii) la prohibición de establecer requisitos adicionales para entrar a tomar posesión de un cargo, cuando el ciudadano ha cumplido a cabalidad con las exigencias establecidas en el concurso de méritos, (iii) la facultad de elegir de entre las opciones disponibles aquella que más se acomoda a las preferencias de quien ha participado y ha sido seleccionado en dos o más concursos, (iv) la prohibición de remover de manera ilegítima (ilegitimidad derivada de la violación del debido proceso) a una persona que ocupen un cargo público”. (Subrayado fuera del texto).*

(...)

A manera de conclusión se tiene que, el derecho de acceder a cargos públicos, consiste en la posibilidad que tienen los ciudadanos de presentarse a concursar para proveer dichos cargos, una vez se hayan cumplido los requisitos previstos en la convocatoria para postularse.

Este derecho implica protección a favor de los ciudadanos en el sentido de que las decisiones estatales no pueden arbitrariamente impedirles acceder a un cargo público, así como tampoco pueden estar encaminadas a desvincularlos de manera arbitraria del mismo, ni mucho menos les está dado impedirles arbitrariamente el ejercicio de sus funciones”².

Ahora bien, en lo que hace al proceso de selección de los aspirantes a cargos públicos, la misma Ley 909 de 2004 regulada una de las etapas que deben surtir para la provisión de cargos de carrera, que deben darse por norma general a través del concurso de méritos, el cual es administrados salvo disposiciones especiales, por la Comisión Nacional del Servicio Civil. Al respecto, en la sentencia SU-913 de 2019, la Corte Constitucional analizó cada una de las etapas correspondientes al concurso de méritos, así:

*“1. **Convocatoria.** ... es la norma reguladora de todo concurso y obliga tanto a la administración, como a las entidades contratadas para la realización del concurso y a los participantes. (Subrayas fuera de texto).*

*2. **Reclutamiento.** Esta etapa tiene como objetivo atraer e inscribir el mayor número de aspirantes que reúnan los requisitos para el desempeño de los empleos objeto del concurso.*

*3. **Pruebas.** Las pruebas o instrumentos de selección tienen como finalidad apreciar la capacidad, idoneidad y adecuación de los aspirantes a los diferentes empleos que se convoquen, así como establecer una clasificación de los candidatos respecto a las calidades requeridas para desempeñar con efectividad las funciones de un empleo o cuadro funcional de empleos.*

² Corte Constitucional de Colombia Sentencia T-257 de 2012.

La valoración de estos factores se efectuará a través de medios técnicos, los cuales deben responder a criterios de objetividad e imparcialidad.

4. Listas de elegibles. *Con los resultados de las pruebas...se elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con ésta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.*

5. Período de prueba. *La persona no inscrita en carrera administrativa que haya sido seleccionada por concurso será nombrada en período de prueba, por el término de seis (6) meses, al final de los cuales le será evaluado el desempeño, de acuerdo con lo previsto en el reglamento.*

“Aprobado dicho período, al obtener evaluación satisfactoria, el empleado adquiere los derechos de la carrera, los que deberán ser declarados mediante la inscripción en el Registro Público de la Carrera Administrativa. De no obtener calificación satisfactoria del período de prueba, el nombramiento del empleado será declarado insubsistente”.

En ese orden de ideas, las personas que conforman la lista de elegibles, luego de haber superado las etapas correspondientes, debe ser nombradas, a través del respectivo acto administrativo, en los cargos para los cuales concursaron y a los cuales tiene derecho a acceder, de suerte que en firme la lista debe procederse de conformidad, salvo que exista disposición legal que impida su nombramiento. Así lo señala la Corte Constitucional en la misma sentencia referida en precedencia:

Ahora bien, para que este derecho pueda ejercerse de manera efectiva, es necesaria la concurrencia del acto de nombramiento, en virtud del cual el Estado designa en cabeza de una persona, las funciones, deberes y responsabilidades propias del cargo, y la posesión, que es el hecho por el cual la persona asume esas funciones, deberes y responsabilidades.

Entonces, al ser el derecho de acceso a cargos públicos una garantía cuyo ejercicio depende de la posesión, negarla a un ciudadano ya nombrado o elegido -a no ser que falte alguno de los requisitos legales- implica la violación del derecho en cuanto imposibilita su ejercicio.

5.- Caso en concreto

En el presente asunto, el señor LUIS ORLANDO SÁNCHEZ BUITRAGO reclama la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad y al acceso a cargos públicos, presuntamente vulnerados por el ICBF y la Comisión Nacional del Servicio Civil, ante la negativa de efectuar su nombramiento en propiedad como Defensor de Familia Grado 17 de la referida entidad.

Verificadas las pruebas obrantes en el plenario sí como la información que sobre el particular reposa en la página web de la Comisión Nacional del Servicio Civil, se encuentran probadas las siguientes circunstancias de relevancia para el asunto: (i) el señor SÁNCHEZ BUITRAGO participó en la convocatoria N° 433 de 2016, dispuesta para la provisión de 2.470 empleos vacantes de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, la que fue convocada a través de la CNSC; (ii) el accionante se inscribió como concursante para proveer empleo de carrera, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 el que en ese momento

contaba con seis vacante; (iii) el accionante superó todas las pruebas previstas para el concurso y, por ello, el 17 de julio de 2018 la CNSC profirió la resolución N° CNSC - 20182230072545, por la cual se conformó y adoptó *“la lista de elegibles para proveer seis (6) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34248, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF”* lista en la que el señor SÁNCHEZ BUITRAGO ocupó el puesto N° 09; (iv) La lista de elegibles se encuentra en firme.

A partir de lo anterior, es claro que el señor SÁNCHEZ BUITRAGO hace parte de una lista de elegibles que se generó para proveer seis cargos de carrera como Defensor de Familia Grado 17 que se encontraban vacantes al momento de dar trámite a la convocatoria, en la ciudad de Duitama.

Ahora bien, el punto central de análisis en este asunto, recae en establecer si al actor le asiste el derecho, como parte de la lista de elegibles, a ser nombrado en el referido cargo de carrera, Defensor de Familia Grado 17 Código 2125, en uno de los cargos creados con posterioridad a la convocatoria N° 433, esto bajo el entendido de que dicho concurso se efectuó para proveer exclusivamente los seis cargos vacantes al momento de la convocatoria.

Para resolver tal cuestionamiento, es importante memorar que el empleo público en Colombia se encuentra regulado por la Ley 909 de 2004 a través de la cual se expidieron normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa y la gerencia pública, disposición legal que, en efecto, guio el trámite correspondiente a la convocatoria N° 433; así, en lo que respecta a las etapas propias del proceso de selección, el artículo 31, de forma general, que la actuación debe surtirse en 4 etapas, correspondientes a: convocatoria, reclutamiento, aplicación de pruebas y conformación de listas, sobre esta última, el numeral 4 del referido artículo contemplaba en su texto original:

“4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso”. (subrayas fuera de texto)

No obstante, en el año 2019 dicha norma fue modificada por la Ley 1960, permitiendo que las listas de elegibles se usaran en estricto orden para proveer no solo las vacantes

ofertadas sino todas aquellas que se generaran con posterioridad, así lo previó el artículo 6° al indicar que el numeral 4° del artículo 31 de la ley 909 de 2004 quedaría así:

“4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad”.(subrayas fuera de texto original)

No existe controversia alguna sobre el alcance de la norma referida, pues se sabe que por su intermedio se permitió que la conformación de las listas de elegibles se usara para la provisión de cargos presentes y futuros, y así la misma no se delimitara exclusivamente a los cargos ofertados en la convocatoria; sin embargo, el punto de disenso que motivó la interposición de esta acción constitucional, recae en establecer si dicha norma puede ser aplicable o no a las listas que se encuentran en uso, o si, por el contrario, aquellas deben regirse con el artículo vigente al momento de la convocatoria.

Se trata, entonces, de una discusión que gira entorno a la aplicación de la ley en el tiempo, indispensable para establecer si al accionante le asiste o no un derecho de carácter fundamental como lo es el nombramiento en un cargo público de carrera.

Los artículos 29 y 58 de la Constitución Política contemplan el llamado presupuesto de irretroactividad de la Ley, según la cual, la nueva Ley solo rige hacia el futuro de suerte que las situaciones jurídicas consolidadas en vigencia de una norma anterior deberán regularse conforme a la Ley vigente para ese momento; así lo señaló la Corte Constitucional:

“Una nueva ley, dispone tal principio fundamental para la seguridad jurídica en el Estado Social de Derecho, no puede regular las situaciones jurídicas del pasado que ya se han definido o consolidado, y que por tanto resultan incólumes en sus efectos jurídicos, con la fuerza que les presta la ley bajo la cual se constituyeron”

No obstante, en muchas oportunidades, dependiendo de las situaciones jurídicas que deban determinarse, se ha establecido la posibilidad de aplicación de la Ley a escenarios no consolidados, tal es el caso de la aplicación retrospectiva de la norma. Sobre ella ha indicado la Corte Suprema de Justicia, en cita del Máximo Tribunal Constitucional, considerándola como

“[U]n fenómeno de aplicación de la ley en el tiempo excepcional que ocurre cuando se presenta “la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si

bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva”, razón por la cual “(...) no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o, sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia”³

Precisamente, la Corte Constitucional al análisis de los efectos de la Ley en el tiempo, estimó en Sentencia C-619 de 2001:

4. Con fundamento en las disposiciones superiores anteriormente comentadas, las cuales también estaban consignadas en la Constitución Nacional de 1886 y que delimitan la órbita de libertad de configuración legislativa en la materia, se desarrolló un régimen legal que señaló los principios generales relativos a los efectos del tránsito de legislación, respetando el límite señalado por la garantía de los derechos adquiridos y los principios de legalidad y favorabilidad penal. Dicho régimen legal está contenido en los artículos 17 a 49 de la Ley 153 de 1887 que de manera general, en relación con diversos tipos de leyes, prescriben que ellas rigen hacia el futuro y regulan todas las situaciones jurídicas que ocurran con posterioridad a su vigencia. A contrario sensu, las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Ahora bien, cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata. La aplicación o efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos.

Al tenor de tales presupuestos, debe decirse que el planteamiento jurídico planteado por el accionante, en efecto, corresponde a una situación fáctica no consolidada sino a una expectativa de materialización de su derecho, a la que sería plenamente aplicable la Ley 1960 de 2019, como se procede a explicar.

No se encuentra en discusión el hecho de que, para el momento de la convocatoria N° 433 de 2016, los cargos vacantes para el cargo de Defensor de Familia Código 2125 grado 17 del Centro Zonal Duitama, en efecto solamente eran seis; ni mucho menos que una vez efectuado el concurso y proferida la lista de elegibles, esta quedó vigente el día 31 de julio de 2018, conforme se verifica en la página web de la CNSC, en la que el aquí accionante ocupó el puesto N° 09 en la lista; sin embargo, el hecho de adquirir firmeza la referida lista no consolida el derecho del actor a acceder al cargo público para el que concursó, pues esto solo ocurre cuando se efectúa el nombramiento o cuando se descarta por completo tal expectativa, como sucede cuando la lista de elegibles pierde vigencia sin haberse llevado a cabo el nombramiento.

³ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal STP10491-2019, 06 de agosto de 2019.

Implica lo anterior que, al estar vigente la lista de elegibles, las normas que puedan llegar a afectar el trámite propio de nombramiento le son plenamente aplicables, como ocurre en el evento de la Ley 1960 de 2019, máxime cuando ella lo que está permitiendo es el nombramiento de personas que hacen parte de una lista generada para la provisión de determinado cargo creado con posterioridad al concurso.

Si no se considerara que estamos en trámite de una situación no consolidada a la que le es aplicable la mentada Ley, bastaría tan solo con que el nombramiento de los cargos se efectúe para que inmediatamente el actor pierda su derecho, y entonces tendríamos que decir que en la actualidad el señor SÁNCHEZ carece del mismo, cuando evidentemente ello no es así, pues la expectativa de nombramiento continúa en firme hasta tanto la lista no pierda vigencia.

Para el caso, la creación de nuevos cargos del mismo grado y nivel jerárquico del accionante, Defensor de Familia Código 2125 grado 17 para el Departamento de Boyacá, obliga a su provisión a través del sistema de carrera; pero, concretamente, si los mismos fueron designados al ICBF Centro zonal Duitama para el cual concursó el actor, necesariamente estos deben ser provistos con la respectiva lista de elegibles vigente de la que hace parte el accionante, no solo porque le es aplicable la Ley 1960 de 2019 que permite el nombramiento de cargos creado con posterioridad, sino, especialmente, porque se trata del mismo cargo, mismo nivel y mismo lugar de desempeño de funciones para el que se inscribió el accionante, de suerte que se trata de una lista prevista para la provisión de un cargo de idénticas condiciones.

Lo anterior se refuerza en el hecho incontrovertible de que el artículo 125 de la Constitución Política, advierte que todos los cargos públicos son de carrera, de suerte que la aplicación directa de la Constitución, permitiría el nombramiento de las personas que se encuentren en una lista de elegibles vigente, pues no existiría razón alguna para concluir que, existiendo una lista prevista para un cargo determinado, esta no pueda usarse prevaleciendo.

Así las cosas, de lo probado en este asunto se sabe que, en efecto, a través del decreto 1479 de 2017 se aprobó la creación de 3737 empleos de la planta de personal del ICBF y que, mediante resolución N° 7746 del 05 de septiembre de 2017 dicha entidad procedió a Distribuir los referidos cargos de la planta de personal, previendo cinco cargos de DEFENSOR DE FAMILIA 2125-17 para el Departamento de Boyacá y que de esos cinco cargos, por lo menos, uno de ellos correspondió al Centro Zonal Duitama,

como lo prueba el nombramiento en provisionalidad que se hizo con resolución N° 7781 de 2017.

En ese contexto, lo que se avizora es que luego efectuada la convocatoria N° 433 de 2016, en la que el señor Sánchez Buitrago participó para la provisión de seis vacantes del cargo identificado con el Código OPEC No. 34248, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 a desempeñar cargos en la ciudad de Duitama, fueron creados nuevos cargos con el mismo código y algunos de ellos asignados a la misma ciudad donde concursó el actor, de suerte que la existencia de una nueva vacante de idéntica categoría a la concursada, obliga a que, en aplicación del numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, modificada por la Ley 1960 de 2019, se provea con la lista de elegibles vigente a la fecha.

Corolario de lo expuesto, la Sala evidencia que la no utilización de la lista de elegibles vigentes para la provisión y nombramiento de cargos existentes de idéntica categoría y condición trasgrede los derechos fundamentales del accionante, pues se está desconociendo el derecho que tiene a ser nombrado en periodo de prueba; en consecuencia se revocará la sentencia impugnada, ampararán los derechos fundamentales del actor y se ordenará al ICBF que, de manera inmediata, proceda a realizar ante la CNSC todos los trámites necesarios para que se permita hacer uso de la lista de elegibles para el nombramiento en periodo de prueba

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la SALA CUARTA DE DECISIÓN DE LA SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE SANTA ROSA DE VITERBO, BOYACÁ, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 18 de mayo de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Duitama, dentro de la acción de tutela de la referencia.

SEGUNDO: TUTELAR el derecho fundamental al acceso a cargos públicos del señor LUIS ORLANDO SÁNCHEZ BUITRAGO, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

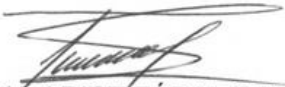
TERCERO: Como consecuencia de lo anterior ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, inicie todas las acciones administrativas del caso ante la COMISIÓN NACIONAL DE SERVICIO CIVIL para que esta autorice el uso de la lista de elegibles conformada mediante RESOLUCIÓN No. CNSC - 20182230072545 DEL 17-07-2018 para que se proceda al nombramiento, en periodo de prueba, de quien sigue en turno, en alguno de los empleos vacantes que corresponden al cargo de Defensor de Familia Código 2125 grado 17 creados mediante Decreto No. 1479 del 4 de septiembre de 2017 y distribuidos mediante Resolución N° 7746 del 05 de septiembre de 2017, siempre y cuando hayan sido asignados al Centro Zonal Duitama.

CUARTO: Notifíquese por el medio más expedito y eficaz y ENVÍESE A LA H. CORTE CONSTITUCIONAL PARA SU EVENTUAL REVISIÓN.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



EURÍPIDES MONTOYA SEPÚLVEDA
Magistrado Ponente



LUZ PATRICIA ARISTIZÁBAL GARAVITO
Magistrada



JORGE ENRIQUE GÓMEZ ÁNGEL
Magistrado

República de Colombia



Rama Judicial

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN**

Pamplona, treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente:

DR. NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Acta No. 016

Proceso	Acción de Tutela – Segunda Instancia
Radicado	54-518-31-12-002-2020-00033-01
Accionante	LUZ MARY DÍAZ GARCÍA
Accionado	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR
vinculados	PARTICIPANTES DE LA CONVOCATORIA N. 433 de 2016 PERSONAS QUE CONFORMAN LA LISTA DE ELEGIBLES DEL CARGO DE PROFESIONAL ESPECIALIZADO CÓDIGO 2028, GRADO 17 DE LA CONVOCATORIA 433 DE 2016 FUNCIONARIOS QUE ACTUALMENTE OCUPAN LOS CARGOS DECLARADOS DESIERTOS DENTRO DE LA CONVOCATORIA

ASUNTO.

Decide la Sala resolver la impugnación presentada por **LUZ MARY DÍAZ GARCÍA** contra el fallo de tutela de fecha 20 de mayo de 2020 proferido por el Juzgado Segundo Civil Laboral del Circuito de Pamplona.

ANTECEDENTES

HECHOS.-¹

Conforme lo narrado por la Accionante y el trasegar procesal tenemos por tales los siguientes:

1.- LUZ MARY DÍAZ GARCÍA se inscribió, concursó y superó satisfactoriamente todas las etapas en la convocatoria 433 de 2016 para proveer el cargo de

¹ Folio 2 y ss. La paginación corresponde al archivo de pdf del expediente de primera instancia al que tuvo acceso el magistrado sustanciador, el cual le fue enviado a su correo electrónico institucional el 29 de mayo de 2020.

profesional especializado código 2028 grado 17, código OPEC (OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS DE CARRERA) 38694 en el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, ICBF.

2.- Por medio de la Resolución No. 20182230050595 del 21 de mayo de 2018 (en adelante Resolución 50595/2018), la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, CNSC, conformó *“la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el código OPEC número 38694, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Convocatoria No 433 de 2016-ICBF”*, en la cual la Accionante ocupó el segundo lugar².

3.- El artículo cuarto de la mencionada Resolución 0595/2018 señalaba que *“Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de méritos para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados”*.

4.- Sin embargo, tal artículo fue revocado por medio de la Resolución CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, por ser incompatible con la sentencia SU 446 de 2011 de la Corte Constitucional, el Decreto 1894 de 11 de septiembre de 2012 y el Acuerdo 20161000001376 (marco de la plurimencionada convocatoria), especialmente en su artículo 62. En tal resolución concluyó la CNSC: *“Corolario de lo expuesto, se tiene que el artículo cuarto de los 1187 actos administrativos previamente referidos contempló la posibilidad de conformar una lista general para la provisión de vacantes no convocadas por lo que deberá ser revocado conforme las razones anteriormente expuestas con el fin de restablecer el orden público”*.

6.- Con posterioridad al trámite del concurso y a la elaboración de la lista de elegibles del cargo de marras, el artículo 6 de la Ley 1960 de junio 27 de 2019 modificó el numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004 *“Por la cual se expiden*

² Folio 17 y ss.

normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones.”, disponiendo que con las listas de elegibles se podían proveer las “las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”.

7.- A través del “*criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”*”, elaborado por la CNSC en sesión de 16 de enero de 2020, tal Entidad señaló que las vacantes generadas en convocatorias aprobadas antes de la promulgación de aquella norma sólo, podían ser cubiertas con los “mismos empleos” de la lista de elegibles, entendiendo por tales los que tienen la misma OPEC.

8.- Mediante oficio 20201020238471 de 27 de febrero de 2020³, la CNSC respondió el derecho de petición a la Accionante, refiriendo la imposibilidad de hacer uso de la lista de elegibles que integra la Accionante para proveer vacantes en el cargo de profesional especializado, código 2028, grado 17, manifestación en el mismo sentido que realizó mediante oficio 20201210000004751 de 25 de febrero de 2020, el ICBF⁴

PETICIONES.-⁵

La Accionante solicitó que se le amparen sus derechos fundamentales de petición, debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos por el sistema de méritos y en consecuencia se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR realizar los trámites administrativos pertinentes para dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y se autorice y use la lista de elegibles conformada mediante Resolución número 20182230050595 del 21 de mayo de 2018 respecto al cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 en una de las vacantes que no fueron provistas en periodo de prueba y que fueron declaradas desiertas.

Además, pidió que se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL ofertar las vacantes del cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 en la oferta pública de empleos, con el fin de que quienes hacen

³ Folio 53.

⁴ Folio 49 y ss.

⁵ Folio 11 a 12

parte de la lista opten por una de ellas, mientras que para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar requiere que una vez recibidas las listas de elegibles, efectúe el nombramiento según el orden que corresponda en una de las 27 vacantes declaradas desiertas o que hayan quedado vacantes con posterioridad a la conformación de la lista.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

El 8 de mayo de 2020⁶ la *A quo* admitió la acción de tutela por cumplir con las exigencias mínimas, ordenó su notificación y corrió traslado para que en el término de dos días los Accionados se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones, vinculó a quienes participaron en la convocatoria No. 433 de 2016 y a todas las personas que actualmente conforman la lista de elegibles del cargo de Profesional Especializado Código 2028, grado 17 de dicha convocatoria, así como a todos los funcionarios que actualmente ocupan los cargos declarados desiertos y decretó pruebas.

El 20 de mayo de 2020 de resolvió la acción constitucional.

RESPUESTA A LA ACCIÓN

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF)⁷.-

Frente a los hechos, señaló que la CNSC mediante Acuerdo No. 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes de la planta de personal del Sistema General de carrera administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, Convocatoria No. 433 de 2016.

Señala que la Accionante a través de la Oferta Pública No. 38694 ofertó una vacante del empleo denominado Profesional Especializado Código 2028 Grado 17, cuya ubicación geográfica era la Regional Norte de Santander – Pamplona.

⁶ Folio 73 a 76.

⁷ Folio 84 y ss.

Indica que la lista de elegibles fue publicada mediante Resolución No. 20182020050595 del 21 de mayo de 2018, en la que se encontraron habilitados 2 elegibles, en donde LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, ocupó el segundo lugar de elegibilidad.

En firme la lista de elegibles, continúa, se efectuó el nombramiento y posesión de la persona que ocupó el primer lugar de elegibilidad para proveer las vacantes de la convocatoria 433 de 2016 para el empleo de Profesional Especializado Código 2028 grado 17 en el que participó la accionante.

Solicitó se declare improcedente la acción de tutela por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental, así como de subsidiariedad y perjuicio irremediable, argumentando que ya se publicó la lista de elegibles, la que adquirió firmeza en junio de 2018, la cual se conformó para proveer 1 vacante y la accionante ocupó la posición número 2.

Señala que la Actora lo que cuestiona es el hecho de no haberse efectuado su nombramiento en aplicación del artículo 6 de la Ley 1960 de 2019, que modificó el numeral 4 de la Ley 909 de 2004, desconociendo el artículo 2 de la misma norma que creó el derecho a los empleados de carrera administrativa a concurso de ascenso y movilidad horizontal, para lo que la Ley otorgó un término a la CNSC.

Plantea que la Accionante exige su nombramiento en un cargo que no guarda equivalencia con el cargo al que aspiró en el marco de la convocatoria, toda vez que ninguno de aquellos (tanto los declarados vacantes como los creados después de la convocatoria), fueron asignados al municipio de Pamplona.

Dice que no se puede afirmar de manera general y descontextualizada que la acción de tutela es procedente siempre que exista un concurso de méritos o lista de elegibles, dado que las controversias que pueden suscitarse son de diversa naturaleza y las particularidades de cada caso ameritan un estudio específico.

Aduce que la controversia principal versa sobre el cumplimiento inmediato de una norma de carácter general, frente a lo que se requiere adelantar una serie de acciones administrativas y financieras que implican tiempo y recursos públicos las cuales relaciona extensamente.

Añade, frente a la subsidiariedad y perjuicio irremediable, que la Accionante cuenta con mecanismos distintos a la tutela para ejercer sus derechos, pues ataca actos administrativos de carácter general y las respuestas dadas a los derechos de petición, lo que constituye un acto de trámite, que, por regla general, no son objeto de protección constitucional.

Respecto al criterio unificado “*uso de lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019*”, señala que el ICBF ha realizado acciones de verificación e identificación en la planta global, arrojando como resultado para el empleo Profesional Especializado Código 2028 Grado 17, en el cual participó LUZ MARY DIAZ GARCÍA, que no existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el criterio unificado, puesto que los cargos declarados vacantes y aquellos creados con posterioridad a la convocatoria, no fueron asignados a la Regional Norte de Santander – Pamplona, por lo que no corresponde a la misma ubicación geográfica.

Resalta que el ICBF no ha vulnerado ni puesto en riesgo ningún derecho fundamental de la accionante en tanto está adelantando todas las gestiones que implican el reajuste introducido por la Ley 1960 de 2019 y la norma no puede tener una aplicación inmediata como quiera que implica la revisión de los criterios establecidos por la CNSC.

Añade que aceptar la aplicación de la lista de elegibles de la Accionante, desconocería los derechos de las personas que se inscribieron en las OPEC correspondientes al empleo profesional especializado Código 2028 Grado 17, en las ubicaciones geográficas para las que sí se crearon nuevas vacantes, pues estas personas desde el inicio de la convocatoria escogieron esa ubicación, presentaron las pruebas y aprobaron el proceso a la luz de las necesidades del servicio de aquellos territorios.

CIUDADANO MANUEL ORLANDO MENA ZAPATA⁸.-

Quien manifestó actuar en calidad de inscrito en el concurso de méritos 433 de 2016 y en lista de elegibles en el cargo de Profesional Universitario OPEC 39458, luego de narrar las etapas desarrolladas en el concurso, señaló que el acuerdo que rige

⁸ Folio 112 y ss.

la convocatoria siempre permite utilizar la lista de elegibles para las vacantes nuevas en iguales empleos, misma denominación, grado, función y perfil.

Manifestó que el comunicado de la CNSC del 16 de enero de 2020, crea confusión, respecto del concepto “mismos empleos”, concepto que es similar a “vacantes para las cuales se efectuó el concurso” pero completamente diferente a “cargos equivalentes” el cual es mencionado en la Ley 1960 de 2019.

COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (CNSC)⁹.-

Desde el inicio de su respuesta manifestó que su pronunciamiento solo sería respecto de la competencia de la entidad que representa.

Señaló que LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, participó en el concurso de méritos convocado mediante Acuerdo 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 para el empleo identificado con el código OPEC No. 38694 y que una vez superadas las fases del concurso se publicó la Resolución No. CNSC-20182230050595 del 21 de mayo de 2018 *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 38694, denominado PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF”*, en la cual ocupó la segunda posición con un puntaje de 70.63 puntos.

Refiere que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 62 del acuerdo de convocatoria la CNSC remitió al ICBF, el acto administrativo para realizar los nombramientos de aquellos elegibles que ocuparon una posición meritória en la lista es conforme el número de vacantes ofertadas para cada OPEC, en estricto orden de mérito.

Indica que para el empleo en mención se ofertó una vacante, y que el elegible que adquirió el derecho a ser nombrado en periodo de prueba para el cargo fue el aspirante que ocupó el primer lugar en la lista de elegibles, mientras que la Accionante ocupó la segunda posición, por lo que no es posible que se realice su nombramiento.

⁹ Folio 140 y ss.

Frente a la acción interpuesta señaló que no se acreditó el requisito de subsidiariedad, ni el perjuicio irreparable, al que se ve enfrentada la tutelante, requisito *sine qua non* para ejercitar el instrumento jurídico. Además, debe resultar improcedente por cuestionar actos administrativos que buscan revisar las reglas o pautas que rigen el concurso de méritos o determinaciones que se adoptan en la evolución de sus etapas o fases.

Finalmente señaló que no hay lugar al amparo solicitado por no agotarse las acciones ordinarias existentes y solicitó la desvinculación de la CNSC por falta de legitimación en la causa y subsidiariamente no tutelar los derechos invocados por la Accionante por no existir desconocimiento de los mismos.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA¹⁰

El 20 de mayo de 2020 el Juzgado Segundo Civil Laboral de Pamplona resolvió declarar improcedente el amparo constitucional invocado por LUZ MARY DÍAZ GARCÍA respecto de los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos y negar el amparo constitucional respecto del derecho de petición.

Argumentó, respecto a la improcedencia declarada, que existen otros mecanismos de defensa judicial como el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, en el que se consagran medidas cautelares, y/o controvertir los actos administrativos mediante los recursos ordinarios.

De acuerdo a la inconformidad de la Resolución No. CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, dijo que se debieron ejecutar las acciones que tenía a su alcance a fin de controvertir el acto administrativo y buscar dejar en firme el artículo 4 de la Resolución No. CNSC 20182230050595 del 21 de mayo de 2018.

Refirió que la Accionante no solicitó el amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable y no allegó prueba sumaria de tal situación, pese a haber manifestado que su esposo por ser músico hace aproximadamente dos (2) meses no tiene trabajo en razón a la pandemia, no se alegó ni acreditó una presunta vulneración a su derecho al mínimo vital, máxime que su inconformidad radicó desde la expedición de la Resolución No.

¹⁰ Folio 240 y ss.

20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, a partir de la cual se restringió la posibilidad de que su lista pudiese ser utilizada para otros cargos ubicados en otra zona geográfica diferente a la que inicialmente había opcionado.

Señaló que tampoco es un perjuicio irremediable que la lista de elegibles esté próxima a vencer, dado que la inconformidad se origina desde el 22 de noviembre de 2018, y sólo hasta el 8 de mayo de 2020 radicó la tutela, teniendo tiempo suficiente previo al vencimiento de la lista de elegibles para haber ejercido las acciones ordinarias frente a los actos administrativos que consideraba lesionaban sus derechos, lo que no hizo, ni siquiera recién expedida la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, de la que reclama le es aplicable para ser nombrada en otra ubicación geográfica diferente a la OPEC a la cual optó.

Indicó que tampoco se cumple con el requisito de la inmediatez, por cuanto se reprocha entre otras cosas haber revocado el artículo 4 de la Resolución No. CNSC 20182230050595 del 21 de mayo de 2018 por medio de la Resolución No. 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 y si se estudiara desde la expedición del Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020, hasta el momento de la interposición de la acción de tutela trascurrieron aproximadamente 4 meses, término para acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por lo que tampoco se cumple con la inmediatez, no siendo aceptable que se hubiere esperado hasta casi el cumplimiento del término de caducidad para acudir al mecanismo residual.

Frente al derecho fundamental de petición y luego de analizar la solicitud y la respuesta, encontró que tanto la CNSC como el ICBF emitieron respuesta oportuna, de fondo, completa y congruente con lo peticionado, sin que ello signifique acceder a lo pretendido, la que fue puesta en conocimiento de LUZ MARY DIAZ GARCÍA.

Dijo también que no se presentó vulneración al derecho fundamental al debido proceso, por haberse respetado todas las etapas del proceso de selección correspondientes a la Convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF, según lo previsto en el Acuerdo No. CNSC 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016, así como los actos administrativos proferidos durante el mismo, los cuales se encuentran en firme.

Argumentó que desde la inscripción de LUZ MARY DIAZ GARCÍA a la convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF era conocida que para el cargo para el cual se postuló, solo existía una vacante para la Regional Norte de Santander – Pamplona, por lo que no se desconoce que lo que adquirió a través de la convocatoria fue una mera expectativa y no un derecho, cual obtuvo YASMÍN ROCÍO WILCHEZ MORENO, primer lugar en la lista de elegibles para el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 17 OPEC 38694, quien fue nombrada y posesionada en la única vacante ofertada respecto de dicho cargo en la ciudad de Pamplona.

Señaló que no le asiste razón a la Accionante respecto a los cargos equivalentes, pues si bien el artículo 6 de la ley 1960 de 2019 la habilita para ser nombrada, esto sólo es posible en un cargo equivalente al que concursó, esto es, profesional universitario, código 2028 Grado 17, OPEC 38694, perteneciente a la Regional Norte de Santander, Pamplona, siempre que cumpla con la misma asignación básica mensual, propósito y funciones, y además porque el Acuerdo de convocatoria es ley para las partes, entre otros, la OPEC hace parte integrante del mismo y la Accionante sabía desde el principio que había una vacante para el cargo ofertado.

Frente al derecho a la igualdad, señaló que la Accionante no acreditó que otras personas en las mismas circunstancias se les hubiere dado un trámite diferente. Respecto de la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca dentro de la acción de tutela interpuesta por JESSICA LORENA REYES CONTRERAS, se debatió si a partir del criterio unificado proferido por la CNSC el 27 de agosto de 2019, la Ley 1960 de 2019 resultaba aplicable para procesos de selección iniciados antes de la expedición de la misma y no únicamente los que iniciaron luego de su promulgación, no siendo un caso análogo al analizado, si el criterio unificado expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020, se debe tener en cuenta, y entre otros, el requisito de ubicación geográfica que identifica a cada cargo.

Además, indicó que el efecto *inter comunis* que aplicó dicha Corporación sólo resulta aplicable para aquellas personas que conforman la lista de elegibles correspondiente a la Resolución No. 20182230040835 del 26 de abril de 2018, conformada para el cargo de Profesional Universitario código 2044 grado 8 OPEC

39958 (que es diferente al ofertado para Ella), y que tal efecto sólo puede ser ordenado por la Corte Constitucional.

Refirió también que si se omitiera la ubicación geográfica y se conformara una lista a nivel nacional para proveer las vacantes disponibles para el mismo empleo, no se podría tener certeza el puesto que ocuparía la Accionante en dicha lista, pues no se podría desconocer la opción que otros participantes que eligieron en el marco de la misma convocatoria

Respecto a los derechos al trabajo y acceso a cargos públicos, señaló que no se violan con la negativa de las entidades accionadas de efectuar el nombramiento de LUZ MARY DIAZ GARCÍA, al no existir una vacante disponible en la Regional Santander Pamplona, dado que el goce al derecho al trabajo puede materializarse de otras formas, además de que la accionante manifiesta ser profesional y haberse desempeñado como docente.

IMPUGNACIÓN¹¹

Inconforme con la decisión adoptada por la *A quo*, la accionante LUZ MARY DÍAZ GARCÍA impugnó el fallo de primera instancia, manifestando que se ratifica en todos y cada uno de los argumentos esbozados en la demanda, y solicitó que se revoque el fallo y en su lugar se conceda la protección de los derechos invocados, accediendo a las pretensiones y tomando los correctivos a que haya lugar en razón al vencimiento de la lista de elegibles.

Frente a derecho de petición dijo que, si bien las autoridades accionadas dieron respuesta a la petición, no absolvieron todos los interrogantes planteados.

Frente a la existencia de otro medio de defensa señaló que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no la exime de la concurrencia a un proceso ordinario que en la práctica no es ágil y oportuno por la congestión que existe en la administración de justicia.

Aduce que concursó para un cargo con numero de OPEC y ubicación geográfica determinada, circunstancia que de acuerdo a la norma no hace que los cargos

¹¹ Folio 299 y ss.

convocados sean equivalentes y que no tenga la posibilidad de ser nombrada en una de las vacantes existentes, además, advierte que la administración ha cambiado las pautas del concurso con resoluciones y conceptos diversos en los que difiere en su criterio.

Indica que el artículo 6 de la ley 1960 de 2019 que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004 le abrió la oportunidad de acceder a un nombramiento en razón al concurso, respecto del que existen vacantes, no sólo para el número OPEC al que concursó, sino para cualquier otra que haya surgido con posterioridad a la convocatoria, pero que los entes accionados se niegan a acatar aplicando conceptos contradictorios.

Insiste en el derecho que tiene a ser nombrada en una de las vacantes para proveer el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 que se encuentran vacantes a nivel nacional y que fueron declaradas desiertas con transgresión a la ley.

CONSIDERACIONES

COMPETENCIA. -

Este Tribunal es competente para conocer de la impugnación de la presente Acción de tutela según lo establecido por el artículo 86 de la Constitución Política y artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

Cabe anotar que a pesar de haberse mencionado la existencia de pronunciamientos judiciales anteriores¹², por no haberlo planteado así la pasiva, nada obsta para que se emita decisión de mérito¹³.

PROBLEMAS JURÍDICOS. -

¹² Sentencia 18 de noviembre de 2019, radicación 76001333302120190023401, Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca y sentencia de 19 de mayo de 2020, Tribunal Administrativo de Risaralda, radicado 66001-33-003-2020-00127-01.

¹³ "7.8. Si por alguna razón se omite por el sujeto demandado poner de presente las condiciones que admiten que el caso sea remitido a una misma autoridad, en los términos en que se disponen en el decreto en cita, ninguna consecuencia se deriva de ello en el campo procesal, pues el juez al que se le atribuya el caso deberá proceder a su trámite, según los criterios de competencia que hayan motivado su asignación, ante la falta de conocimiento de los supuestos que activan esta regla especial de reparto. De ahí que, al igual que ocurre con el Decreto 1382 de 2000, esta última tampoco es un motivo válido para suscitar un conflicto de competencia, o para declarar la nulidad de lo actuado en el curso del proceso". Corte Constitucional, Auto 172 de 2016.

Procurará esta Corporación dilucidar:

1).- ¿La acción de tutela presentada por LUZ MARY DÍAZ GARCÍA cumple con los requisitos generales de procedencia contra actos administrativos emitidos en un concurso de méritos?

2.- ¿Es vulneratorio de los derechos fundamentales de la accionante que tanto el ICBF como la CNSC usen el código OPEC para dar aplicación a la expresión “*cargos equivalentes no convocados*” contenida en el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019?

3.- ¿Vulneraron las Accionadas el derecho fundamental de petición de la Accionante?

REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.-

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Nacional, toda persona puede ejercer la acción de tutela mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, para la protección inmediata de sus derechos fundamentales, siempre que resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de particulares. La acción de tutela resulta procedente cuando el accionante no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz para la protección de sus derechos, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar la consolidación de un perjuicio irremediable.

En esta medida, antes de pronunciarse de fondo sobre el caso concreto, es deber del juez constitucional verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, a saber: (i) la legitimación en la causa por activa y por pasiva, (ii) la inmediatez y (iii) la subsidiariedad¹⁴.

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA.-

Este requisito de procedencia tiene por finalidad garantizar que quien interponga la acción tenga un “*interés directo y particular*” respecto de las pretensiones elevadas, de manera que el juez constitucional pueda verificar que “*lo reclamado es la*

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro". A su vez, esta acción debe ser ejercida en contra del sujeto responsable de la presunta vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, sea este una autoridad pública o un particular¹⁵.

Por activa, tenemos a LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, ciudadana que agotó todas las etapas como concursante en la convocatoria 433 ICBF y que al momento de la interposición de la acción integraba una lista de elegibles vigente, sobre la cual asienta su pedimento; por pasiva tenemos el tándem INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR y COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, entidades públicas del orden nacional que comparten responsabilidades y funciones en el diseño, implementación y ejecución del concurso de la convocatoria 433.

De esa manera se da por acreditado este requisito.

INMEDIATEZ.-

La jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe presentarse en un término razonable computado a partir del hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. Este requisito tiene por finalidad preservar la naturaleza de la acción de tutela, concebida como *"un remedio de aplicación urgente que demanda una protección efectiva y actual de los derechos invocados"*¹⁶.

Con el fin de orientar la labor del juez de tutela, la jurisprudencia constitucional ha identificado cinco criterios que ayudan a determinar, en cada caso, el cumplimiento del requisito de inmediatez: (i) la situación personal del peticionario, que puede hacer desproporcionada la exigencia de presentar la acción de tutela en un término breve; (ii) el momento en el que se produce la vulneración, ya que pueden existir casos de violación permanente de derechos fundamentales; (iii) la naturaleza de la vulneración, pues la demora en la presentación de la tutela puede estar relacionada, precisamente, con la situación que, según el accionante, vulnera sus derechos fundamentales; (iv) la actuación contra la que se dirige la tutela, ya que si se trata de una providencia judicial, el análisis debe ser más estricto, y (v) los efectos de la

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia SU 391 de 2016.

tutela en los derechos de terceros, quienes tienen la expectativa legítima de que se proteja su seguridad jurídica¹⁷.

En el caso de marras, tenemos varios actos que se candidatizan para ser contemplados como hitos a partir de los cuales se compute el tiempo de iniciación de los perjuicios; a saber, 27 de junio de 2019, fecha en la cual se promulgó la Ley 1960 de 2019, 1 de agosto de 2019 y 16 de enero de 2020 cuando se emitieron sendos “Criterios Unificados” que la interpretan, pues es un mecanismo administrativo por medio del cual la CNSC ejerce la función consignada en el literal h del artículo 11 de la Ley 909 de 2004¹⁸.

Dado que la ley no irrogó perjuicio alguno a la Tutelante (y por el contrario le otorgó derechos), lo que le correspondía era esperar el acatamiento de la Ley por las accionadas. Podría afirmarse que la situación era pasible de la acción de cumplimiento, sin embargo, el inciso primero del artículo 9 de la Ley 393 de 1997 dispuso que este mecanismo es subsidiario a la tutela, por lo que no estaba obligada a agotarlo¹⁹, confluyendo aquí con el requisito de subsidiariedad como se analizará más adelante.

Con respecto a los “Criterios Unificados”, tenemos que el primero de ellos emitido por la CNSC en sesión de 1 de agosto 2019, que abordó el tema de la *“lista de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”*, estructuró el siguiente referente legal:

CRITERIO ADOPTADO

Las listas de elegibles expedidas y que se van a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria.

De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la ley 1960, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para las listas de elegibles.

En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad **únicamente es aplicable a las listas expedidas**

¹⁷ *Ibídem*.

¹⁸ “h) Expedir circulares instructivas para la correcta aplicación de las normas que regulan la carrera administrativa”;

¹⁹ “La Acción de Cumplimiento no procederá para la protección de derechos que puedan ser garantizados mediante la Acción de Tutela. En estos eventos, el Juez le dará a la solicitud el trámite correspondiente al derecho de Tutela”.

para los procesos de selección que fueron aprobadas con posterioridad al 27 de junio y por esa razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada²⁰.

*Negrilla fuera de texto.

Dado que el Acuerdo gobernante de la convocatoria 433 fue el 201610000001376 de 5 de septiembre de 2016²¹, cual incontrovertiblemente precedió a la Ley 1960 de junio de 2019, según el Criterio Unificado antedicho sus listas de elegibles sólo podrán ser utilizadas para las precisas vacantes que ofertó. En esa medida, podría considerarse que al quitar el derecho al reuso de su lista, este Criterio Unificado debe ser el que inicia el cómputo temporal de la debida diligencia que la Accionante debió desplegar para hacerlos respetar.

Sin embargo, el 16 de enero de 2020 a través del *criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”*, la CNSC revocó el de agosto de 2019, y en su lugar permitió que las listas procedentes de convocatorias anteriores a la Ley 1960 fuesen utilizadas en vacantes posteriores a ellas, siempre y cuando tuviesen el mismo número OPEC:

De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir las vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los **“mismos empleos”**; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación, básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con el número de OPEC²².

*Negrilla en el original.

Por lo tanto, habiéndose revocado el Criterio Unificado de agosto de 2019 que impedía la reedición de las listas, y habiéndose proferido un nuevo acto administrativo, el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020 que lo permitía (aunque con un condicionante nuevo, el código OPEC), es razonable tomar éste y no aquél como punto de partida del cómputo de inmediatez.

²⁰ <https://www.cnsc.gov.co/index.php/criterios-unificados-provision-de-empleos#>

²¹ Folio 103.

²² Folio 25 y ss.

Considerando que esta acción fue interpuesta el 8 de mayo de 2020²³, es decir, poco más de tres meses después de la emisión del Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, debe concluirse que fue interpuesta en un término razonable.

Adicionalmente, no puede desdeñarse que obra en la actuación el ejercicio de derechos de petición al ICBF²⁴ y CNSC²⁵ de 30 de enero de 2020, los cuales fueron respondidos respectivamente el 25 y 27 de febrero de 2020²⁶, acreditando así diligencia en la gestión del asunto

Finalmente, cabe anotar que para la fecha de interposición de la acción, la lista de elegibles integrada por la Accionante se encontraba vigente, pues se extendía hasta el 5 de junio de 2020²⁷.

SUBSIDIARIEDAD.-

Sobre este criterio, que controla el ejercicio suplementario de la acción de tutela, ha señalado la Corte Constitucional:

44. La acción de tutela procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial efectivo para la protección de sus derechos fundamentales o, en caso de existir tal recurso judicial, se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. El carácter subsidiario de esta acción *“impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a poner en marcha los medios ordinarios de defensa ofrecidos dentro del ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales (...) y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional”*.

45. No obstante, la Corte ha advertido que el estudio de la subsidiariedad de la acción de tutela no consiste en una mera verificación formal de la existencia de otros mecanismos judiciales o administrativos. Por el contrario, le corresponde al juez constitucional analizar la situación particular del accionante y los derechos cuya protección se solicita, con el fin de comprobar si aquellos resultan eficaces para la protección de los derechos fundamentales. Por ejemplo, en los asuntos que involucran derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, el análisis del cumplimiento del requisito

²³ Folio 72.

²⁴ Folio 28 y ss.

²⁵ Folios 35 y 42 y ss.

²⁶ ICBF 25 de febrero de 2020 (fl. 49 y ss), CNSC 27 de febrero de 2020 (fl. 53 y ss.)

²⁷ Folio 141.

de subsidiariedad es menos riguroso, debido al interés superior de los menores de edad, garantizado por el artículo 44 de la Constitución.

46. De manera reiterada, la Corte ha advertido que el juez constitucional debe determinar si los medios de defensa judicial disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien acude a la acción tutela. Si no es así, puede otorgar el amparo de dos maneras distintas: (i) como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria, y (ii) como mecanismo eficaz de protección de los derechos fundamentales. La primera posibilidad implica que si bien las acciones ordinarias pueden proveer un remedio integral, no son lo suficientemente expeditas para evitar un perjuicio irremediable. La segunda, que el medio de defensa ordinario no ofrece una solución integral para la protección de los derechos fundamentales comprometidos.

47. La existencia de las otras vías judiciales debe ser analizada en cada caso concreto, en cuanto a su eficacia. Si no permiten resolver el conflicto en su dimensión constitucional o no ofrecen una solución integral para el derecho comprometido, es procedente la acción de tutela como mecanismo de amparo definitivo de los derechos fundamentales invocados²⁸.

Con ese lineamiento, le corresponde a esta corporación determinar *i*).- si existe otro mecanismo de defensa judicial, *ii*).- si de existir brinda protección “*eficaz y completa*”, y finalmente, si no es así, *iii*).- determinar si se debe otorgar el amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable o como “*mecanismo de amparo definitivo de los derechos fundamentales invocados*”.

Como esta actuación versa sobre un derecho particular y concreto consignado en un acto administrativo, el escenario natural en que debería darse el debate sería la acción de nulidad y restablecimiento consignada en el artículo 138 CPCA²⁹.

Sin embargo, tratándose de concurso de méritos, profusa ha sido la jurisprudencia constitucional sobre la posibilidad de ejercicio de la acción de tutela, a pesar de la existencia de otro mecanismo de defensa judicial.

En un caso fácticamente similar al que se estudia, consistente en que una integrante de la lista de elegibles ubicada en una posición (5) que excedía la de plazas

²⁸Corte Constitucional, sentencia T 091 de 2018.

²⁹ Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior. Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.

convocadas (2), aspiraba a que tal fuera utilizada para proveer las vacantes definitivas, expresó la Corte Constitucional:

De forma pacífica, la Corte ha señalado que conforme al artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, al que se puede recurrir ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de los derechos invocados o cuando existiendo se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Por consiguiente, si hubiere otras instancias judiciales que resultaren eficaces y expeditas para alcanzar la protección que se reclama, el interesado debe acudir a ellas, antes de pretender el amparo por vía de tutela. Es decir, la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto, pues el amparo no puede desplazar los mecanismos de defensa previstos en la correspondiente regulación común.

De esta manera, en relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, en numerosos pronunciamientos esta Corporación ha reivindicado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de **la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, que no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos.**

(...)

Al hilo de lo expuesto, se concluye que según la jurisprudencia de esta Corporación, **la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito**, por cuanto, como se verá en el siguiente acápite, se pretenden garantizar no solo los derechos a la igualdad y al debido proceso, sino además la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución Política³⁰.
 Negrilla fuera de texto.

Como ya se refirió, no procedía la acción de cumplimiento en la actuación que hoy nos ocupa, y adicionalmente se constata que el amparo se inició dentro del término de caducidad de cuatro meses de la nativa acción de nulidad y restablecimiento (según el hito temporal que ya se relacionó en el acápite anterior), por lo que se descarta que esta acción sea usada para contrarrestar la desidia de la Accionante en tal punto.

³⁰ Corte Constitucional, sentencia T 112 A de 2014.

Además, está demostrado que al momento de presentación de esta acción de tutela no era viable el ejercicio judicial de la acción de nulidad y restablecimiento, debido a que por Acuerdo PCSJA20-11518 del Consejo Superior de la Judicatura, desde el 16 de marzo de 2020 (dos meses después de la fecha de emisión del acto lesivo de los derechos fundamentales), fueron suspendidos los términos procesales.

En ese orden, esta Corporación considerará superado el requisito de subsidiariedad en función de la ineficacia (por imposibilidad de ejercicio), del mecanismo judicial prevalente.

Finalmente, debe atenderse la situación particular de la Accionante, quien refirió, y no fue desmentido, tener dos hijos menores de edad, carecer de estabilidad laboral y padecer el desempleo de su pareja (músico) derivado de la pandemia, por lo que, la acción de tutela se erige también como un mecanismo idóneo para la resolución del caso.

Decisión de avocamiento material que, entre otras, encuentra respaldo en la sentencia T-551 de 2017³¹ y en nuestros precedentes horizontales, como son los fallos con radicados 54-518-22-08-002-2019-0005-00, 54-518-22-08-003-2017-00017-00 y 54-518-31-84-001-2020-00021-01.

CASO CONCRETO

1.- Cribados los argumentaciones expuestas por los sujetos procesales y los derivadas del avance del trámite, se precisa la materia objeto de la controversia en que la accionante LUZ MARY DÍAZ GARCÍA se postuló y agotó todas las etapas de la convocatoria 433 de 2016 para proveer el cargo de profesional especializado código 2028 grado 17 en el ICBF radicado en la ciudad de Pamplona, Norte de Santander, la cual culminó satisfactoriamente (y sin que en esta acción nada se le reproche), con la lista de elegibles elaborada por el CNSC mediante Resolución 595 de 21 de mayo de 2018 en la que se ubicó en segundo lugar³², lo que arrojó el

³¹ "En el caso concreto, la Sala considera que debe analizarse la procedencia de la tutela como mecanismo definitivo de protección, toda vez que en el proceso de selección para ocupar el cargo de dragonante y de ascensos del INPEC que ya cuenta con lista de elegibles, i) las vías ordinarias no resultan idóneas y eficaces³¹ para restaurar los derechos fundamentales conculcados, ya que no suponen un remedio pronto e integral para los aspirantes³¹ y la mayoría de veces debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación de la vulneración en el tiempo³¹, es decir, se necesita una acción de protección inmediata³¹; y, ii) se trata de un acto administrativo a través del cual se establecen criterios sobre los resultados de la prueba médica de los aspirantes, viéndose posiblemente lesionado derechos fundamentales de aquellos, al concurso de mérito."

³² Folio 17.

nombramiento en tal empleo a quien ocupó el primer lugar (y único ofertado), mediante Resolución 7895 de 2018 del ICBF³³, quien efectivamente se posesionó el 11 de septiembre de 2018³⁴.

2.- Así, la pretensión de la Accionante se especifica en que, saturada por otra persona la pretensión laboral inicial que motivó su inscripción en la convocatoria, se le ampare el derecho a postularse a un cargo homólogo en el ICBF en tanto que integrante de la lista de elegibles fruto de un concurso de méritos.

3.- En auxilio de su pretensión expone que en la resolución CNSC 0595/18, misma en la que se nombró a la primera de su lista, consignó tal derecho en su numeral cuarto³⁵, aunque fue revocada por la Resolución CNSC 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018, por ser incompatible con la sentencia SU 446 de 2011 de la Corte Constitucional, el Decreto 1894 de 11 de septiembre de 2012 y el Acuerdo 20161000001376 (marco de la plurimencionada convocatoria).

4.- Argumento estelar de la Accionante es que la irrupción del artículo 6 de la Ley 1960 de junio 27 de 2019 (que modificó el numeral 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004)³⁶, reflató la posibilidad de reuso de su lista de elegibles.

5.- Sin embargo, se estableció en esta actuación que el *“criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”* emitido por la CNSC (acto que se ha identificado como el presuntamente lesivo de los derechos fundamentales de la Accionante), en sesión de 16 de enero de 2020 diluyó tal posibilidad, en la medida en que asimiló los “cargos equivalentes”, útiles para cubrir las vacantes definitivas surgidas con posterioridad a la convocatoria mencionados en tal Ley, sólo a aquellos que comparten el mismo código OPEC.

De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes

³³ Folio 193.

³⁴ Folio 199.

³⁵ *“ARTICULO CUARTO.- Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de méritos para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados”.*

³⁶ *4.- Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.*

de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir las vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los **“mismos empleos”**; **entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación, básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con el número de OPEC³⁷.**

*Negrilla y subrayado fuera de texto.

Como NO EXISTE OTRO CARGO CON EL MISMO CODIGO OPEC, especialmente por la diferencia en su ubicación geográfica con las otras vacantes, actualmente la Accionante no cuenta con la posibilidad de acceder a las definitivas para el cargo al que concurso (profesional especializado código 2028 grado 17).

6.- En profuso y expreso desarrollo jurisprudencial, nuestra Corte Constitucional ha planteado y ratificado la relevancia y trascendencia que el principio del mérito tiene en nuestra Carta Política y en la fórmula del Estado Social de Derecho. En sentencia C 046 de 2018 el artículo 125 superior que la entroniza, fue desglosado así por la Corte Constitucional:

El alcance de este artículo ha sido examinado y desarrollado ampliamente en la jurisprudencia constitucional, la cual ha dicho que la carrera administrativa es un eje axial del Estado Social de Derecho y que tal garantía se erige sobre tres elementos determinantes: (i) el mérito; (ii) el concurso de méritos; y (iii) la igualdad de oportunidades para dar plena efectividad a los fines estatales al mismo tiempo que asegura los derechos fundamentales de las personas como la igualdad, el acceso a cargos públicos y la participación. Así pues, de la norma Superior se desprenden cuatro pilares fundamentales que pueden entrecruzarse de su literalidad, estos son: (i) la carrera administrativa como regla general para asegurar el principio del mérito en la función pública; (ii) el concurso de méritos como mecanismo de garantía del mérito; (iii) la potestad de configuración del Legislador en este ámbito; y (iv) la posibilidad de una estructura de la función pública con cargos de libre nombramiento y remoción, elección popular, oficiales y los demás determinados en la ley, como excepciones a la regla general. Dichos elementos se interrelacionan en el desarrollo de la función pública, por lo que deben observarse de forma holística desde los demás preceptos constitucionales aplicables a la materia.

En precedente pronunciamiento había expresado la misma Corporación:

La carrera es considerada un **principio constitucional, definitorio en la concepción del Estado Social y Democrático de Derecho** desde tres criterios: **(i)** El carácter histórico, con el cual se indica que

³⁷ Folio 25 y ss.

a través de la historia del constitucionalismo colombiano han sido formuladas diversas reformas constitucionales y legales tendientes a hacer prevalecer el sistema de carrera como la vía por excelencia para acceder al servicio público y de esa manera eliminar prácticas clientelistas, de “amiguismo” o nepotismo, basadas en la función pública y en generar que se acceda a los cargos estatales equitativa y transparentemente realizando una valoración del mérito de los aspirantes. (ii) El segundo criterio es conceptual y hace referencia a que la carrera debe ser entendida como un principio constitucional que cumple con dos objetivos: (i) ser el estándar y método por excelencia para ingresar al servicio público y; (ii) generar una fórmula de interpretación de las reglas relativas al acceso a cargos del Estado que deben comprenderse a tal punto que cumplan los requisitos y finalidades de la carrera, especialmente el acceso de acuerdo al mérito de los aspirantes. (iii) El último criterio es teleológico, por cuanto guarda una estrecha relación con las finalidades que tiene la carrera en el Estado constitucional. Por tal motivo la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que al interpretar armónicamente el contenido del artículo 125 C.P. con normas superiores lleva a concluir que el principio de carrera tiene una función articuladora de diversos fines que cuentan con un reconocido valor para el ordenamiento constitucional³⁸.

Incluso, la Corte Constitucional no ha sido ajena a la utilidad de la herramienta para erradicar deplorables prácticas que afligen a la Nación. En sentencia T 180 de 2015 refirió:

El sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza que el acceso al empleo público se realice en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.

En el mismo sentido, la sentencia T 604 de 2013 señaló que es un “*Principio constitucional de obligatorio cumplimiento para ingreso, ascenso y retiro de empleo público*”, y añadió:

Los sistemas de ingreso basados en el mérito tienen como objeto garantizar la permanencia de los empleados y funcionarios en los cargos públicos del Estado y el acceso de los ciudadanos a la administración de acuerdo a sus cualidades, talentos y capacidades. Así mismo, constituye plena garantía que consolida el principio de igualdad, en la medida en que propende por eliminar las prácticas de acceso a la función pública basadas en criterios partidistas, los cuales han sido imperantes en nuestro país a lo largo de toda su historia.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C 034 de 2015.

7.- Fijada la preeminencia del principio de carrera, corresponde a esta Corporación determinar el impacto y relevancia constitucional que la Ley 1960 de 2019 pudo tener en la convocatoria 433 ICBF.

8.- Si bien la *ratio decidendi* de la sentencia SU 446 de 2011 fue que las listas de elegibles sólo podían ser utilizados para proveer los cargos que hubiesen sido previa y expresamente ofertados³⁹, tal parámetro varió sustancialmente con la promulgación de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, pues le otorgó a las listas la utilidad de cubrir las *“las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso”*:

4.- Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de méritos **se cubrirán** las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y **las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.**

9.- De esa manera, la argumentación de la CNSC ratificada en su respuesta a esta acción de 14 de mayo de 2020, ya no es que las vacantes sin ofertar en cada convocatoria no pueden proveer sus listas de elegibles (como lo hizo en la Resolución 785 de 22 de noviembre de 2018 y en el Criterio Unificado de agosto de 2019), sino la que consignó en el Criterio Unificado de enero de 2020, que determina que sólo las vacantes con el mismo OPEC pueden ser provistas con la lista de elegibles de la 433. Concluye el Criterio Unificado de 16 de enero de 2020:

De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes

³⁹ *“Es importante señalar, que la lista o registro de elegibles tiene dos cometidos, el primero, que se provean las vacantes, los encargos o las provisionalidades para las cuales se convocó el respectivo concurso y no para otros, porque ello implicaría el desconocimiento de una de las reglas específicas de aquel: el de las plazas a proveer. El segundo, que durante su vigencia, la administración haga uso de ese acto administrativo para ocupar sólo las vacantes que se presenten en los cargos objeto de la convocatoria y no otros. Por tanto, no se puede afirmar que existe desconocimiento de derechos fundamentales ni de principios constitucionales cuando la autoridad correspondiente se abstiene de proveer con dicho acto empleos no ofertados. ¿Qué significa esta última función de la lista o registro de elegibles? Nada diverso a que las entidades públicas en cumplimiento del artículo 125 de la Constitución Política están obligadas a proveer únicamente las vacantes que se presenten en la respectiva entidad y que correspondan estrictamente a los cargos ofertados, respetando siempre el orden de su conformación. Cuando esta Corporación afirma que la lista o registro de elegibles tiene por vocación servir para que se provean las vacantes que se presenten durante su vigencia, se está refiriendo a los cargos objeto de la convocatoria y no a otros, pese a que estos últimos puedan tener la misma naturaleza e identidad de los ofrecidos. En otros términos, el acto administrativo en análisis tiene la finalidad de servir de soporte para la provisión de los empleos que fueron objeto de concurso y no de otros. En consecuencia, si en vigencia de la lista se presenta una vacante, ésta se podrá proveer con ella si la plaza vacante fue expresamente objeto de la convocatoria que le dio origen. Los cargos que se encuentren por fuera de ésta, requerirán de un concurso nuevo para su provisión. Se puede concluir, entonces, que el uso del registro o lista de elegibles se impone sólo para proveer las vacantes y los cargos en provisionalidad que registre la entidad durante su vigencia, siempre y cuando se trate de las plazas ofertadas en el respectivo concurso”*

de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir las vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los “**mismos empleos**”; entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación, básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con el número de OPEC⁴⁰.

*Negrilla en el original.

Tal postura es ratificada en la respuesta del CNSC al derecho de petición de la Accionante efectuada mediante oficio 20201020238471 de 27 de febrero de 2020:

Por consiguiente, para hacer el uso de las listas de Elegibles, la entidad deberá, en primer lugar, reportar la OPEC en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad el mérito y la oportunidad (SIMO) de conformidad con lo expuesto en la circular conjunta número 20191000000 117del 29 de julio de 2019 y elevar la solicitud de autorización del uso ante la CNSC mediante oficio

En virtud de lo anterior esta Comisión Nacional procederá a verificar las listas vigentes de la entidad que cumplan con las características de los empleos que requieran ser provistas y de encontrarlo procedente se autorizará el uso de las mismas, remitiendo el listado de los elegibles que por estricto orden de mérito les asista el derecho a ser nombrados en periodo de pruebas, razón por la cual, la entidad deberá apropiarse y calcular el costo previsto para el uso de las listas de elegibles establecido en la Resolución número 0552 del 21 de marzo de 2014.

Por lo anteriormente expuesto, se le informa que hasta el momento no existe solicitud de uso de lista de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado **número 38694**⁴¹.

*Negrilla en el original Subrayado fuera de texto.

10.- Mediante oficio 20201210000004751 de 25 de febrero de 2020, el ICBF respondió derecho de petición a la Accionante, ratificando que sí se utilizarían las listas de elegibles de la convocatoria 433, pero bajo el entendido que se haría merced al código OPEC:

De lo anterior se colige, que el ICBF no debe ni puede hacer uso de la lista elegibles para proveer empleos similares o equivalentes, pues eso sólo es posible para los procesos de selección aprobados con posterioridad al 27 de junio de 2019, y la convocatoria 433 de 2016 adelantada por la CNSC para proveer las 2470 vacantes definitivas del ICBF inició con la firma del acuerdo número 20161000001376 de fecha 5 de septiembre de 2016.

⁴⁰ Folio 25 y ss.

⁴¹ Folio 53.

Con fundamento en lo anterior, **es claro que los empleos con los que se hará el uso de la lista de elegibles, son aquellos que cumplen con los criterios de: *mismos empleos entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.***

De ahí que para realizar la provisión de las vacantes definitivas de acuerdo con el Criterio Unificado de fecha 16 de enero 2020, el primer filtro que realizará el ICBF obedece a la UBICACIÓN GEOGRÁFICA seguido de los criterios anteriormente señalados, por lo que no es viable hacer uso de listas para ubicación geográfica DIFERENTE a la señalada en la correspondiente OPEC de la que usted participó⁴².

*Negrilla fuera de texto.

Tal postura fue ratificada en respuesta a esta acción por el ICBF:

con base en esa directriz, toda vez que para el empleo Profesional Especializado Código 2028, Grado 17 OPEC 38694 ofertado dentro de la convocatoria 433 de 2016 no existen vacantes en la ubicación geográfica Regional Norte de Santander- Pamplona, para la cual participó la señora LUZ MARÍA DÍAZ GARCÍA y hace parte de la lista de elegibles, NO existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC.⁴³

(...)

Es importante reiterar que el empleo debe coincidir en su totalidad con cada uno de los criterios de *igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, UBICACIÓN GEOGRÁFICA y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.*” señalados por la comanda CNSC en el Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020⁴⁴.

*Subrayado en el original

11.- Ahora bien, a pesar que para esta Corporación, tal cual se reseñó, tanto el Criterio Unificado CNSC de enero de 2020 como las respuestas a los derechos de petición a esta tutela por las Accionadas implican el reconocimiento tácito de que la Ley 1960 gobierna la convocatoria 433 (aunque en estricta consideración a la OPEC), campea tal incógnita en las piezas arrimadas a la actuación, por lo que se justifica realizar una breve digresión sobre el punto.

⁴² Folio 51 y ss.

⁴³ Folio 95.

⁴⁴ Folio 97.

12.- El primer parámetro de solución de este interrogante, la aplicabilidad de la Ley 1960 a la convocatoria de marras, es el elegido por la CNSC, quien en su Criterio Unificador de enero de 2020 mencionó que en virtud del “principio” de ultraactividad de la ley 909 la convocatoria ICBF 433 continuara rigiéndose por las normas vigentes al momento de su aprobación (si bien ello no fue consignado en el norte jurídico consolidado en tal instrumento)

Para el efecto, trajo a colación la sentencia C 763 de la Corte Constitucional que en el extracto íntegro señala:

La ultraactividad de la ley es un problema de aplicación de la ley en el tiempo y esta íntimamente ligada al principio de que todo hecho, acto o negocio jurídico se rige por la ley vigente al momento de su ocurrencia, realización o celebración. Dentro de la Teoría General del Derecho, es clara la aplicación del principio "Tempus regit actus", que se traduce en que la norma vigente al momento de sucederse los hechos por ella prevista, es la que se aplica a esos hechos, aunque la norma haya sido derogada después. Esto es lo que explica la Teoría del Derecho, la denominada ultraactividad de las normas, que son normas derogadas, que se siguen aplicando a los hechos ocurridos durante su vigencia. Este fenómeno se presenta en relación con todas las normas jurídicas, cualquiera que sea su naturaleza: civil, comercial, penal, etc.

13.- Ahora, es la ultraactividad una de las formas como el derecho lidia con el problema de la vigencia de las leyes en el tiempo, siendo el de la aplicación inmediata otra de ellas, al cual apeló tácitamente un homólogo de esta Corporación para afirmar que la Ley 1960 gobierna el actual estado de la convocatoria de marras⁴⁵:

TRANSITO DE LEGISLACION-Efectos/LEY-Situación jurídica extinguida/LEY-Situación jurídica en curso

Las situaciones jurídicas extinguidas al entrar en vigencia una nueva ley, se rigen por la ley antigua. Cuando no se trata de situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la ley anterior, sino de aquellas que están en curso en el momento de entrar en vigencia la nueva ley, ni de derechos adquiridos en ese momento, sino de simples expectativas, la nueva ley es de aplicación inmediata. La aplicación o

⁴⁵ “Así las cosas, no es cierto como lo pregonan las entidades accionadas que la aplicación de la ley citada sería retroactiva, pues ella en su enunciado expresamente señala que las listas de elegibles aplican para cargos que incluso se creen con posterioridad a la convocatoria, situación fáctica que encaja plenamente en la de la actora y que la hace aplicable al encontrarse para el momento de la expedición de la ley la lista de elegibles de que es parte vigente y existir 49 cargos surtidos en provisionalidad, siendo exactamente iguales a aquel para el cual ya fue convocada y superó el concurso de méritos”. Radicado 7600 13333 02120 19000 23401, Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, sentencia de 18 de noviembre de 2019

efecto general inmediato de la ley es la proyección de sus disposiciones a situaciones jurídicas que están en curso al momento de su entrada en vigencia. El efecto general inmediato de la nueva ley no desconoce la Constitución, pues por consistir en su aplicación a situaciones jurídicas que aún no se han consolidado, no tiene el alcance de desconocer derechos adquiridos.

(...)

LEY PROCESAL-Transito y efectos/PROCESO-Situación jurídica en curso/LEY PROCESAL-Transito frente a situación jurídica en curso

Dado que el proceso es una situación jurídica en curso, las leyes sobre ritualidad de los procedimientos son de aplicación general inmediata. Todo proceso debe ser considerado como una serie de actos procesales concatenados cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica a través de una sentencia. Por ello, en sí mismo no se erige como una situación consolidada sino como una situación en curso. Por lo tanto, las nuevas disposiciones instrumentales se aplican a los procesos en trámite tan pronto entran en vigencia, sin perjuicio de que aquellos actos procesales que ya se han cumplido de conformidad con la ley antigua, sean respetados y queden en firme⁴⁶.

Si bien la ley 1960 señaló que entraba en vigencia desde su promulgación (27 de junio de 2019), refirió que la lista de elegibles se aplicaría a las vacantes *“que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”*, y en ese orden, surgiría la incógnita de si la norma puede incidir en convocatorias aprobadas antes, como la ICBF 433.

No debe olvidarse que el concurso de méritos es un proceso con varias fases, siendo la última (y una de las principales por ser su objeto), la de que con la lista de elegibles *“y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”*, siendo ésta precisamente la modificación introducida al numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004 *“Etapas del proceso de selección o concurso”* por el artículo 6 de la Ley 1960 de 2019.

En esa medida, no puede considerarse que la emisión de la lista de elegibles petrifica el concurso, y al contrario, ingresa en su periodo de mayor dinamismo, pues la lista continúa proyectándose en el tiempo, y mientras el registro conserve su vigencia, como es aquí el caso, desplegando efectos jurídicos.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C 619 de 2001.

Al no haber habido una situación jurídica consolidada, no puede afirmarse por ende que la Ley 1960 no podía aplicarse a la convocatoria 433.

Adicionalmente, como lo ha señalado la Corte Constitucional, el artículo 125 de la Constitución Nacional introduce un criterio de interpretación legal que aboga decididamente por la plena eficacia de las normas de carrera administrativa:

5. El segundo criterio es de carácter *conceptual* y refiere al entendimiento de la carrera administrativa como un **principio constitucional**. Al respecto debe partirse de considerar que otorgar a una materia en particular la condición de “principio” no solo tiene una consecuencia categorial, esto es, ubicarla como uno de los pilares en que sustenta el ordenamiento superior, sino que **también conlleva particulares funciones hermenéuticas**. Como lo ha señalado la Corte en fallos anteriores,^[10] el principio de la carrera administrativa cumple el doble objetivo de (i) servir de estándar y método preferente para el ingreso al servicio público y; (ii) **conformar una fórmula interpretativa de las reglas que versen sobre el acceso a los cargos del Estado, las cuales deberán comprenderse de manera tal que cumplan con los requisitos y finalidades de la carrera administrativa, en especial el acceso basado en el mérito de los aspirantes. En términos de la jurisprudencia, “[e]s tal la importancia de la carrera administrativa en el ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991, que la Corte le ha reconocido el carácter de principio constitucional,^[11] bajo el entendimiento de que los principios “suponen una delimitación política y axiológica”, por cuya virtud se restringe “el espacio de interpretación”, son “de aplicación inmediata tanto para el legislador constitucional” y tienen un alcance normativo que no consiste “en la enunciación de ideales”, puesto que “su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser”^[12]. || Dada la categoría de principio constitucional que le corresponde, en la providencia citada la Corte concluyó que “en el estado social de derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional”⁴⁷.**

*Negrilla fuera de texto.

14.- O sea, si se considerase que existe un dilema sobre cuál de los dos criterios definiría la aplicabilidad de la ley 1960 en la convocatoria 433, si el de su efecto general inmediato o el de ultraactividad de sus predecesoras, considerando que éste implicaría la contracción del sistema de carrera (pues excluye el universo de

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C 533 de 2010.

cargos no OPEC), esta Corporación tiene que optar imperativamente por el del efecto general inmediato, no sólo porque se amolda mejor al trámite de una convocatoria, que es un proceso en sentido lato (segmentable, sucesivo, preclusivo y con efectos diferenciados para cada una de sus fases⁴⁸), sino primordialmente porque sirve mejor a la plenificación de los *“requisitos y finalidades”*⁴⁹ del principio constitucional de la carrera administrativa consignado en el artículo 125 Superior, que además, en su faceta de norte hermenéutico, orienta la debida interpretación legal.

En esa medida, debe considerarse que la Ley 1960 rige para la Convocatoria 433, y por ello, derogó los aspectos que le fueran contrarios en el Acuerdo CNSC 20161000001376 de 2016 que la convocó, y por ser además un parámetro obligatorio para su ejecución, su inobservancia afrenta el derecho fundamental al debido proceso.

15.- Como se relacionó anteriormente, en su Criterio Unificado de 16 de enero de 2020, la CNSC asimiló el concepto de *“cargo equivalente no convocado”* señalado en la Ley 1960, con la OPEC, Oferta Pública de Empleos de Carrera.

La OPEC está integrada por la *“información correspondiente al nivel, la denominación, el grado y la asignación salarial de cada empleo, el propósito y las funciones del empleo, los requisitos de estudio, experiencia y las alternativas; la dependencia, el municipio donde se ubica el cargo y el número de vacantes del empleo a proveer”*⁵⁰.

Haciendo eco del Criterio Unificado de la CNSC, el ICBF expuso la asimilación del empleo equivalente por la OPEC, haciendo énfasis en la ubicación territorial del cargo:

⁴⁸ *“Se deben surtir para el acceso a todos los cargos que se encuentran basados en el mérito las siguientes etapas: (i) La convocatoria: fase en la cual se consagran las bases del concurso, es decir, todos aquellos factores que habrán de evaluarse, así como los criterios de ponderación, aspectos que aseguran el acceso en igualdad de oportunidades al aspirante; (ii) Reclutamiento: En esta etapa se determina quiénes de las personas inscritas en el concurso cumplen con las condiciones objetivas mínimas señaladas en la convocatoria para acceder a las pruebas de aptitud y conocimiento. Por ejemplo, edad, nacionalidad, títulos, profesión, antecedentes penales y disciplinarios, experiencia, etc.; (iii) Aplicación de pruebas e instrumentos de selección: a través de estas pruebas se establece la capacidad profesional o técnica del aspirante, así como su idoneidad respecto de las calidades exigidas para desempeñar con eficiencia la función pública. No sólo comprende la evaluación intelectual, sino de aptitud e idoneidad moral, social y física. Y por último (iv) la elaboración de lista de elegibles: en esta etapa se incluye en lista a los participantes que aprobaron el concurso y que fueron seleccionados en estricto orden de mérito de acuerdo con el puntaje obtenido”*. Corte Constitucional, sentencia T 604 de 2013.

⁴⁹ *“La carrera administrativa constituye un principio del ordenamiento superior y del Estado Social de Derecho con los siguientes objetivos: (i) realizar la función administrativa (art. 209 superior) que está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con base en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, (ii) cumplir con los fines esenciales del Estado (art. 2 constitucional) como lo son el servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales, (iii) garantizar el derecho de participación en la conformación, ejercicio y control del poder político a través del acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (art. 40-7 de la Constitución), (iv) proteger el derecho a la igualdad (art. 13 de la Carta), y (v) salvaguardar los principios mínimos fundamentales de la relación laboral contemplados en el artículo 53 de la Carta”*. Corte Constitucional, sentencia C 288 de 2014.

⁵⁰ <https://grupoguard.com/co/ayuda/convocatorias/opec/>

La OPEC, según definición de la CNSC es el “*listado donde se encuentran las vacantes definitivas que requieren cubrir una entidad el cual se consolida basándose en los manuales de funciones y competencias laborales de los empleos que conforman la planta de personal*”. Así las cosas, la OPEC es la lista de vacantes a proveer en el marco de una determinada convocatoria, y con respecto a la OPEC 38694 se estableció que correspondía a una vacante en la Regional Norte de Santander- Pamplona, tal y como se informó en el momento de la convocatoria

Al punto, resulta evidente que uno de los factores para tener en cuenta para los ciudadanos que se inscriben una convocatoria, es el número de vacantes que se ofrecen y su ubicación, las cuales se determinan de manera precisa en la OPEC. En un establecimiento del orden nacional como el ICBF que tiene miles de cargos a lo largo del país, se hizo un estudio geográfico de distribución con base en el cual se proyectó en la respectiva para la Regional Norte de Santander-Pamplona aspecto que no puede ser desconocido en el presente asunto⁵¹.

Valga anotar que la asimilación de la equivalencia de cargos al OPEC es de reciente invención por la CNSC, pues incluso en el Criterio Unificado de 1 de agosto de 2019 (que también abordó la incidencia de la Ley 1960 en los trámites meritorios que la precedieron y la sucederán), el cual fue derogado por el de 16 de enero de 2020, ni siquiera se mencionó ese criterio.

Tal asimilación, la de “empleo equivalente” con la OPEC, ostenta dos dificultades, una jurídica y una práctica.

En cuanto a lo jurídico, debe atenderse que el Decreto 1083 de 2015 “*Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública*”, definió “empleo equivalente” en los siguientes términos:

ARTÍCULO 2.2.11.2.3 Empleos equivalentes. Se entiende que un cargo es equivalente a otro cuando tienen asignadas funciones iguales o similares, para su desempeño se exijan requisitos de estudio, experiencia y competencias laborales iguales o similares y tengan una asignación básica mensual igual o superior, sin que en ningún caso la diferencia salarial supere los dos grados siguientes de la respectiva escala cuando se trata de empleos que se rijan por la misma nomenclatura, o el 10% de la asignación básica cuando a los empleos se les aplique nomenclatura diferente.

Nótese cómo la definición legal es más estrecha que la insertada en el Criterio Unificado, pues la de éste añade criterios como “nivel”, “asignación salarial” idéntica,

⁵¹ Folio 86.

“propósito”, “dependencia”, “municipio donde se ubica el cargo” y “número de vacantes del empleo a proveer”, lo que implica un abierto desafío al criterio hermenéutico consignado en el artículo 28 del Código Civil que dispone que *“Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal”*. (Negrilla fuera de texto).

En el aspecto concreto, debe considerarse que el propósito de la Ley 1960 fue ordenar la utilización de las listas existentes para proveer las *“vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”*, o sea, reglamentar que las plazas que no estaban disponibles para el inicio de la convocatoria puedan ser provistas por el sistema de mérito; Por el contrario, la definición de la CNSC, al reducir la equivalencia de los cargos a su identidad OPEC que los detalla infinitesimalmente (considerando incluso su ubicación territorial o su “propósito”), amplifica considerablemente una restricción, lo cual es contrario a la vocación expansiva del sistema de carrera.

De otro lado, la visión de “equivalencia del cargo OPEC”, implicaría que el artículo 6 de la Ley 1960 reduciría dramáticamente su efecto práctico, pues quien concursara para un cargo pero no se posiciona dentro del número de vacantes, sólo podría optar por el mismo cargo, prerrogativa con la que de todas maneras cuenta por el hecho mismo de integrar la lista.

Además, gramaticalmente “equivalencia”, en un sentido eficaz para el concurso de méritos, implica *“Igualdad en el valor, estimación, potencia o eficacia de dos o más cosas o personas”*⁵², teniendo por “igual” *“que tiene las mismas características que otra persona o cosa en algún aspecto o en todos”* y *“muy parecido o semejante”*⁵³, o sea, una relación basada en similitud parcial, mientras que la definición OPEC implica considerar como equivalente sólo lo que es idéntico.

En ese orden de ideas, la interpretación efectuada por la CNSC de que los cargos equivalentes sólo son los que comparten el mismo código OPEC es

⁵² <https://dle.rae.es/equivalencia>

⁵³ <https://dle.rae.es/igual?m=form>. Negrilla fuera de texto.

constitucionalmente inadmisibles, y por ello, no es un argumento atendible para negar el derecho reclamado por la Accionante.

Con base en las anteriores consideraciones, es claro que el Concepto Unificado de enero de 2020 es ostensiblemente inconstitucional, en la medida en que desafía flagrantemente el artículo 125 de la Constitución Nacional, no sólo en el espíritu que a éste alienta (la carrera administrativa como regla general y el ingreso y permanencia exclusivamente basado en el través del mérito), sino además por cuanto no consideró tal precepto como un referente hermenéutico, pues de haberlo hecho, habría utilizado la existente definición de “empleo equivalente” del Decreto 1083 de 2015, que amplifica el radio de acción de la carrera administrativa, en vez de concebir una restricción más amplia, que detalla la similitud de cargos hasta recortar ostensiblemente la posibilidad de que las listas puedan ser reutilizadas.

En ese orden de ideas, esta Corporación hará uso de la excepción de inconstitucionalidad⁵⁴ consignada en el artículo 4 de la Constitución Política, e inaplicará para el caso el “*criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”*”.

16.- En cuanto al argumento de inaplicabilidad de la Ley 1960 de 2019 a la convocatoria 433 ICBF por no haberse “*estructurado considerando el posible uso que pueda hacerse de las listas de elegibles para proveer las vacantes*”, debe recordarse que las Resoluciones que consignaron las listas de elegibles de esa convocatoria ya contemplaban tal posibilidad, aunque hubiesen sido revocadas masivamente por medio de la Resolución 20182230156785 de 22 de noviembre de 2018.

Adicionalmente, de tiempo atrás la jurisprudencia constitucional había introducido el de reedición de las listas de elegibles:

En resumen, en virtud de la normativa analizada, para determinar la utilización de la lista de elegibles por empleo de la entidad solicitante o del Banco Nacional de Listas de Elegibles, por parte de la CNSC,

⁵⁴ “La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política”. Corte Constitucional, sentencia SU 132 de 2013.

para una entidad que reporte una vacancia definitiva, es necesario que el empleo que requiere de provisión sea equivalente al empleo que cuenta con lista de elegibles, y que el elegible cumpla con los requisitos del empleo a proveer; situación que certificará la CNSC, a través del Estudio Técnico de equivalencias.

Igualmente, partiendo de un análisis de las normas administrativas reguladoras de la convocatoria, en conjunto con la jurisprudencia que se ha desarrollado a partir de la Sentencia C-319 de 2010, la solicitud de la autorización del uso de listas de elegibles deriva en una obligación para la entidad respectiva, y no en una mera facultad, ya que en aras de garantizar la prevalencia de los méritos como forma de proveer cargos de carrera administrativa, la entidad nominadora se encuentra abocada a elevar tal solicitud y será la CNSC quien conforme a las normas de la convocatoria a partir del estudio técnico que adelante establezca la equivalencia para proveer el empleo⁵⁵.

De esa manera, en la Resolución 0595 de 2018 no sólo se contempló expresamente que las listas de elegibles servirían para proveer empleos equivalentes para la convocatoria 433, sino que, tal cual lo señala la jurisprudencia citada, tal utilidad está implícita en el concurso de méritos, por lo que nada obsta para que así pueda ser ordenado.

17.- Con relación a la extensión de esta decisión, debe señalarse que la posibilidad de emitir una decisión *inter comunis* (al margen del análisis de si esta Corporación tiene competencia para ello), impone los siguientes requisitos:

No obstante, en aras de discusión, si se llegare a decir que se producen efectos *inter comunis*, pese a que por regla general los fallos de la Corte Constitucional en sede de tutela producen efectos *inter partes*, esta Corporación con el fin de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución y particularmente para proteger el derecho a la igualdad, ha admitido extender los efectos de sus decisiones en sede de tutela, otorgándole efectos *inter comunis*, cuando sea estrictamente necesario evitar la repetición de violaciones de los derechos tutelados.

Al respecto en la Sentencia SU-1023 de 2001, esta Corporación desarrolló las razones que justifican la extensión de los efectos a los fallos de tutela. En dicha oportunidad indicó:

“Existen circunstancias especialísimas en las cuales la acción de tutela no se limita a ser un mecanismo judicial subsidiario para evitar la vulneración o amenaza de derechos fundamentales solamente de los accionantes. Este supuesto se presenta cuando la protección de derechos fundamentales de los peticionarios atente contra derechos fundamentales de los no tutelantes. Como la tutela no puede

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia T 112 A de 2014.

*contrariar su naturaleza y razón de ser y transformarse en mecanismo de vulneración de derechos fundamentales, dispone también de la fuerza vinculante suficiente para proteger derechos igualmente fundamentales de quienes no han acudido directamente a este medio judicial, **siempre que frente al accionado se encuentren en condiciones comunes a las de quienes sí hicieron uso de ella y cuando la orden de protección dada por el juez de tutela repercute, de manera directa e inmediata, en la vulneración de derechos fundamentales de aquellos no tutelantes.***

*En otras palabras, hay eventos excepcionales en los cuales **los límites de la vulneración deben fijarse en consideración tanto del derecho fundamental del tutelante como del derecho fundamental de quienes no han acudido a la tutela, siempre y cuando se evidencie la necesidad de evitar que la protección de derechos fundamentales del accionante se realice paradójicamente en detrimento de derechos igualmente fundamentales de terceros que se encuentran en condiciones comunes a las de aquel frente a la autoridad o particular accionado.***⁵⁶

*Negrilla fuera de texto.

Por ende, el ejercicio radica en identificar a quienes encontrándose en “condiciones comunes” con la Accionante”, puedan resultar perjudicados con el amparo de sus derechos.

El ICBF planteó en su contestación a la acción que hay una “inescindibilidad de la Ley 1960 y concurso de ascenso”, la cual “debe aplicarse en su integralidad, esto es (i) garantizando que los empleados de carrera administrativa accedan a concursos de ascenso respecto al 30% de las vacantes proceso que deberá regular la CNSC y (ii) con la provisión de las vacantes haciendo uso de la lista de elegibles vigentes respecto del 70% de esas vacantes”⁵⁷.

Al respecto, cabe resaltar que la Ley 1960 es aplicable a la convocatoria 433, recordando que fue promulgada posteriormente, en función de las vacantes que “surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad”, mientras que la previsión del concurso de ascenso implica, ese sí, su estructuración como tal desde el comienzo, según lo señalado en su artículo 29, numeral 3, inciso 3 de la misma Ley:

Si en el desarrollo del concurso de ascenso **no se inscribe** un número igual de servidores con derechos de carrera por empleo convocado, el concurso se declarará desierto y la provisión de los cargos

⁵⁶ Corte Constitucional, Auto 273 de 2013.

⁵⁷ Folio 99.

se realizará mediante concurso de ingreso abierto. Quienes se hayan inscrito inicialmente para el concurso de ascenso continuaran en el concurso abierto de ingresos sin requerir una nueva inscripción.

Así, es evidente que la provisión de vacantes por equivalencia en la Convocatoria 433 regida por el Acuerdo 20161000001376 de 5 de septiembre de 2016⁵⁸ no vulnera derecho alguno a los funcionarios de carrera que eventualmente pretenderán ascender, por cuanto en ella no se inscribió ninguno como tal.

Adicionalmente, considerando que la fuente de la precisa vulneración de los derechos de la Accionante se ubicó en el Criterio Unificado CNSC de 16 de enero de 2019 que al asimilar la equivalencia de cargos al “número de OPEC” cercenó la posibilidad de que los aspirantes incluidos en las listas de elegibles de la convocatoria 433 pudieran reconsiderarse en nuevas vacantes, debe entenderse que esta decisión no afectan los derechos de ninguno de ellos, pues al haberse ya negado a todos, en nada les perjudica que se conceda a uno de ellos.

Tampoco puede entenderse que quienes ostentan cargos de carrera en provisionalidad pueden ser considerados para extender los efectos de la sentencia a la modalidad *inter comunis*, en la medida en que la terminación de su relación es un efecto legítimo de la provisión de empleos por el sistema de mérito⁵⁹.

Finalmente, esta Corporación concluye que no se cumplen las “*condiciones comunes*” que exige la jurisprudencia constitucional para extender los efectos de este fallo, en la medida en que la situación personal de la Accionante y su ejercicio concreto y oportuno de atribuciones de índole administrativa fueron puntales de la decisión, y tales aspectos no le pueden constar respecto del abigarrado grupo humano que concurso con Ella.

En ese orden de ideas, esta decisión conservará la regla general del efecto *inter partes*.

18.- Dado que el trámite de nombramiento de un funcionario en carrera es complejo, pues en él confluyen diversas fases, actividades y autoridades, algunas de las

⁵⁸ Fólío 147 y ss.

⁵⁹ “Los servidores nombrados en provisionalidad en cargos de carrera, tal y como lo ha reconocido esta corporación en reiterados pronunciamientos, gozan de una estabilidad laboral relativa o intermedia, que se traduce en que su retiro del servicio público solo tendrá lugar por causales objetivas previstas en la Constitución y en la ley, o para proveer el cargo que ocupan con una persona que haya superado satisfactoriamente el respectivo concurso de méritos, razones todas estas que deberán ser claramente expuestas en el acto de desvinculación, como garantía efectiva de su derecho al debido proceso y al acceso en condiciones de igualdad a la función pública”. Corte Constitucional, sentencia T 096 de 2018.

cuales no cuentan con un término legal, esta Corporación dará órdenes detalladas para dar cumplimiento al fallo.

Tales mandatos se desprenden del itinerario descrito por el ICBF en su respuesta a esta acción para el cumplimiento de la Ley 1960 de 2019⁶⁰ y se amoldarán a las circunstancias excepcionales del caso.

Así, se ordenará que en el plazo de 3 días contados a partir de la notificación de esta decisión, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 al que concursó LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO).

Acto seguido, de hallarlos, en el término de tres días hábiles contados a partir de realizado lo anterior, solicitará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de la lista de elegibles donde LUZ MARY DÍAZ GARCÍA ocupó el segundo lugar. La CNSC informará dentro de los tres días hábiles siguientes si LUZ MARY DÍAZ GARCÍA cumple los requisitos para el uso de su lista en los cargos que hayan sido identificados como equivalentes a aquel al que concursó, y definirá la tarifa que debe pagar el ICBF por tal uso. Dentro de los tres días hábiles siguientes de obtenido el concepto favorable, el ICBF expedirá el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta su uso, el cual enviará dentro de los tres días siguientes a la CNSC quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres días.

Una vez la CNSC realice tal actividad, el ICBF contará con tres días hábiles para informar a LUZ MARY DÍAZ GARCÍA las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una, para la cual ésta contará con diez días, elección con base en la cual el ICBF expedirá la respectiva resolución de nombramiento en periodo de prueba en un término de tres días, y a partir de allí se adelantarán los trámites de aceptación y posesión y demás necesarios para concretar el derecho,

⁶⁰ Folio 96.

de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015 y demás normas aplicables. Tal itinerario de sintetiza así:

RESPONSABLE/ ACCIÓN	TÉRMINO MÁXIMO
ICBF: Verifica planta global/actualiza SIMO	3 días
ICBF: Solicita a CNSC el uso de la lista de elegibles donde LUZ MARY DÍAZ GARCÍA	3 días
CNSC: Informa si LUZ MARY DÍAZ GARCÍA cumple requisitos/ define tarifa de uso	3 días
ICBF: Expide CDP	3 días
ICBF: Envío de CDP a CNSC	3 días
CNSC expide autorización de uso	3 días
ICBF informa a LUZ MARY DÍAZ GARCÍA las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una	3 días (a partir de comunicación de autorización de uso por la CNSC)
LUZ MARY DÍAZ GARCÍA informa vacante de su preferencia	10 días
ICBF expide resolución de nombramiento en periodo de prueba	3 días

En todo caso, la actuación globalmente considerada no podrá tener una duración mayor de 30 días, y para su cabal realización las Accionadas deberán actuar de manera coordinada y colaborativa, en función del principio consignado en el artículo 113 de la Constitución Nacional.

SOBRE EL DERECHO DE PETICIÓN.-

1.- El derecho fundamental de petición, está normado en el artículo 23 de la Constitución Política, el artículo 24 de la Declaración Americana de los Derechos del Hombre y por la ley 1755 de 2015 y consiste en que *“toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución” (...)*

Entendiéndose satisfecha la respuesta al derecho de petición, cuando se cumplen los requisitos de: 1.- pronta su resolución, 2.- respuesta de fondo y 3.- notificación de la respuesta⁶¹.

En sentencias C-818 de 2011 y C-951 de 2014, nuestra Corte Constitucional indicó que:

“(ii) La respuesta de fondo hace referencia al deber que tienen las autoridades y los particulares de responder materialmente a las peticiones realizadas. Según esta Corte, para que no se vulnere el derecho fundamental de petición, la respuesta debe observar las siguientes condiciones: a) **claridad**, esto es que la misma sea inteligible y que contenga argumentos de fácil comprensión;

⁶¹ Corte Constitucional, sentencia T-007 de 2017.

b) **precisión**, de manera que la respuesta atienda directamente a lo solicitado por el ciudadano y que se excluya toda información impertinente y que conlleve a respuestas evasivas o elusivas; c) **congruencia**, que hace referencia a que la respuesta esté conforme con lo solicitado; y por último, d) **consecuencia** en relación con el trámite dentro del cual la solicitud es presentada, “de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o *ex novo*, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente”.

2.- LUZ MARY DÍAZ GARCÍA presentó derecho de petición el 30 de enero de 2020 ante la Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, si bien no existe prueba de haberse radicado dicha petición, así fue aceptado por las entidades accionadas, escrito que en el aparte respectivo solicita:

1. Se sirva informarme cuántas vacantes correspondientes al cargo PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 están pendientes de proveer en propiedad con base en las listas de elegibles existentes de la convocatoria 433 de 2016 y su ubicación geográfica, de conformidad con lo previsto en la ley 1960 de 2019, teniendo en cuenta que el mismo fue convocado a concurso y la lista se encuentra vigente.

2. Si dichas vacantes ya fueron ofertadas en la OFERTA PÚBLICA DE EMPLEOS.

3. Que se proceda con carácter urgente, dado que la vigencia de Las listas está por finalizar, a conformar la lista general de elegibles, para proceder a proveer las vacantes definitivas existentes respecto al cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 para el que concursé, dado que las vacantes territoriales ya fueron cubiertas, y enviarla a las respectivas seccionales del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, o en su lugar convocar a una audiencia pública con tal fin.

4. Ofertar las plazas que quedaron vacantes para proveer el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 CÓDIGO 2028 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que fueron creadas mediante el decreto 1479 de 2017 y que conforme a la Ley 1960 de 2019 deben ser provistas con las listas vigentes, así como las que fueron ofertadas y no cubiertas por diferentes circunstancias, con el fin de quienes la conformamos, podamos optar por una de ellas, en las que deben incluirse las que fueron declaradas desiertas por esa Comisión mediante Resolución 20182230162005 del 4 de diciembre de 2018.

5. Que se proceda a efectuar el nombramiento de la suscrita en periodo de prueba en una de las vacantes del cargo PROFESIONAL ESPECIALIZADO GRADO 17 código 2028, en consideración a que participé y superé a cabalidad todas las etapas del concurso.

6. Si es el caso, se convoque a una audiencia de escogencia de las plazas vacantes⁶².

Petición a la que se dio respuesta por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR mediante oficio de fecha 25 de febrero de 2020⁶³, abordando el tema de la solicitud de nombramiento y los empleos equivalentes.

Respuesta que, verificada con los interrogantes planteados por la Accionante resulta incompleta, dado que se omitió dar respuesta a las dos primeras solicitudes, las que son claras e identificables, encontrándose una falta de respuesta de fondo por ausencia de precisión.

A su turno, la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL dio respuesta al derecho de petición mediante oficio 20201020238471 del 27 de febrero de 2020⁶⁴, en el que indicó *“que si Usted no alcanzo el puntaje requerido para ocupar una de las posiciones meritorias en la lista de elegibles para proveer el empleo Nro. 38694, se encuentra por el momento en espera que se genere una vacante del mismo empleo durante la vigencia de la precitada lista, esto es, hasta el 5 de junio de 2020. (...) En lo concerniente, a las preguntas 1,2,3 y 4 su solicitud, la administración de la planta de personal, es competencia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, por lo que deberá ser este el encargado de comunicarle la información frente a las vacantes definitivas que se generaron posteriormente al desarrollo de la Convocatoria Nro. 433 de 2016 y el estado en que se encuentran provistas“*

Frente al uso de lista de elegibles indicó el procedimiento para llegar a tal fin e informó que hasta ese momento no existía solicitud de uso de lista de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado No. 38694.

Respuesta que resuelve lo solicitado por la Accionante al haberse dado respuesta a todos los interrogantes, independientemente de no haber sido positiva para lo pretendido.

⁶² Folio 28 y ss.

⁶³ Folio 49 y ss.

⁶⁴ Folio 53 y ss.

Dadas las anteriores consideraciones, también se revocará el numeral segundo del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Civil Laboral del Circuito de Pamplona, y en su lugar, se TUTELARÁ el derecho fundamental de petición de la accionante LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, en atención a que la respuesta dada por el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR no resolvió de fondo y de manera completa y congruente la petición de la accionante.

En mérito de lo expuesto, la SALA ÚNICA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PAMPLONA

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Segundo Civil Laboral del Circuito de Pamplona el 20 de mayo de 2020, y en su lugar tutelar los derechos fundamentales de petición, debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos por el sistema de méritos, conforme la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: INAPLICAR por inconstitucional el *“criterio unificado de “uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019”*, emanado de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el 16 de enero de 2020.

TERCERO: ORDENAR que en el plazo de 3 días contados a partir de la notificación de esta decisión, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR verifique en su planta global los empleos que cumplen con las características de equivalencia del cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 al que concursó LUZ MARY DÍAZ GARCÍA, con estricto apego a los parámetros consignados en el artículo 2.2.11.2.3. del Decreto 1083 de 2015, los cuales deben estar reportados o ser actualizados en el mismo lapso en el aplicativo sistema de apoyo para la igualdad, el mérito y la oportunidad (SIMO).

Acto seguido, de hallarlos, en el término de tres días hábiles contados a partir de realizado lo anterior, solicitará a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL el uso de la lista de elegibles donde LUZ MARY DÍAZ GARCÍA ocupó el segundo lugar.

La CNSC informará dentro de los tres días hábiles siguientes si LUZ MARY DÍAZ GARCÍA cumple los requisitos para el uso de su lista en los cargos que hayan sido identificados como equivalentes a aquel al que concursó, y definirá la tarifa que debe pagar el ICBF por tal uso. Dentro de los tres días hábiles siguientes de obtenido el concepto favorable, el ICBF expedirá el respectivo certificado de disponibilidad presupuestal por la suma que soporta su uso, el cual enviará dentro de los tres días siguientes a la CNSC quien expedirá la autorización de uso de la lista de elegibles en otros tres días.

Una vez la CNSC realice tal actividad, el ICBF contará con tres días hábiles para informar a LUZ MARY DÍAZ GARCÍA las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una, para la cual ésta contará con diez días, elección con base en la cual el ICBF expedirá la respectiva resolución de nombramiento en periodo de prueba en un término de tres días, y a partir de allí se adelantarán los trámites de aceptación y posesión y demás necesarios para concretar el derecho, de acuerdo con el Decreto 1083 de 2015 y demás normas aplicables. Tal itinerario de sintetiza así:

RESPONSABLE/ ACCIÓN	TÉRMINO MÁXIMO
ICBF: Verifica planta global/actualiza SIMO	3 días
ICBF: Solicita a CNSC el uso de la lista de elegibles donde LUZ MARY DÍAZ GARCÍA	3 días
CNSC: Informa si LUZ MARY DÍAZ GARCÍA cumple requisitos/ define tarifa de uso	3 días
ICBF: Expide CDP	3 días
ICBF: Envío de CDP a CNSC	3 días
CNSC expide autorización de uso	3 días
ICBF informa a LUZ MARY DÍAZ GARCÍA las vacantes identificadas como equivalentes para que de éstas elija una	3 días (a partir de comunicación de autorización de uso por la CNSC)
LUZ MARY DÍAZ GARCÍA Informa vacante de su preferencia	10 días
ICBF expide resolución de nombramiento en periodo de prueba	3 días

En todo caso, la actuación globalmente considerada no podrá tener una duración mayor de 30 días, y para su cabal realización las Accionadas deberán actuar de manera coordinada y colaborativa, en función del principio consignado en el artículo 113 de la Constitución Nacional.

CUARTO: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas posteriores a la notificación de la presente decisión, proceda, según su competencia, a dar respuesta de fondo y

congruente con lo pedido en los numerales primero y segundo del derecho de petición de fecha 30 de enero de 2020 radicado por LUZ MARY DÍAZ GARCÍA.

QUINTO: COMUNICAR lo decidido a los interesados, de la forma prevista por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: ORDENAR a la Comisión Nacional del Servicio Civil y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, **PUBLICAR** en la página *web* de dichas entidades la presente decisión, con el fin de notificar a los terceros interesados y vinculados.

SÉPTIMO: REMITIR la actuación procesal a la Corte Constitucional para su eventual revisión una vez se dé la instrucción al respecto.

La presente decisión fue discutida y aprobada en sala virtual el treinta (30) de junio de dos mil veinte (2020).

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



NELSON OMAR MELÉNDEZ GRANADOS

Magistrado



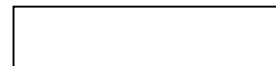
JAIME RAÚL ALVARADO PACHECO

Magistrado



JAIME ANDRÉS MEJÍA GÓMEZ

Magistrado



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
Magistrada Ponente: CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE

Bucaramanga, diez (10) de junio de dos mil veinte (2020)

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA DE TUTELA

RADICADO	680013333001-2020-00079-01
MEDIO DE CONTROL	TUTELA
ACCIONANTE	MARTHA LUCIA PERICO RICO, <u>marthaluciaperi.222@yahoo.com,</u>
ACCIONADA	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC <u>notificacionesjudiciales@cns.gov.co.</u> , INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, <u>notificaciones.judiciales@icbf.gov.co,</u>
TEMA	Concurso de méritos / Derecho al acceso a cargos públicos

Procede la Sala a decidir la impugnación interpuesta por las entidades accionadas en contra de la sentencia de fecha treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Señala la tutelante que mediante Acuerdo No. 2016000001376 del 5 de septiembre de 2016, la CNSC convocó a concurso de méritos para proveer los empleos vacantes de la planta de personal del ICBF, en la cual se inscribió para optar por una en el cargo de “Defensor de familia, Código 2125, Grado 17”.



Posterior a la publicación del acuerdo de convocatoria, se expidió el Decreto 1479 de 2017, por medio del cual se suprimen cargos temporales de la planta de personal del ICBF y creó otros de carácter permanente dentro de los que se encontraban cargos de código 2125, grado 17 para lo cual y, en aras de su distribución, el director general de la entidad, expidió la Resolución No. 7746 del 5 de septiembre de 2017 que, resolvió, entre otros aspectos, que para los 328 cargos creados de “Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17”, 9 de ellos serían para la seccional Santander.

Sin embargo, tales vacantes no fueron tenidas en cuenta dentro de las vacantes ofertadas en el acuerdo de convocatoria, argumentando la entidad que, para la fecha de éste último regía la Ley 909 de 2004.

Mediante Resolución No. CNSC – 20182230124605 del 3 de septiembre de 2018 se conformó la lista de elegibles para el cargo al que había optado, encontrándose en la posición 28, lista con una vigencia de 2 años a partir de su firmeza.

Refiere que al haber sido nombrados y posesionados los 19 elegibles que habían ocupado los primeros lugares dentro de la lista para el cargo de “Defensor de Familia, Código 2125 Grado 17”, por recomposición de la lista pasó a ocupar el 9 lugar de la lista.

Resalta que, la CNSC expidió Criterio unificado con relación a la conformación de listas de elegibles en el marco de la Ley 1960 de 2019 en el sentido de concluir que *“el nuevo régimen conforme el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la Ley ampliamente mencionada”*.

Por lo anterior, elevó petición ante la CNSC y el ICBF el 20 de febrero de 2020 en los que manifiesta presentar idénticos fundamentos fácticos y jurídicos para que se provean bajo el principio del mérito las vacantes definitivas disponibles para el cargo de *“Defensor de familia, Código 2125 Grado 17”*, frente a lo cual no ha recibido respuesta por parte de la CNSC y el pronunciamiento otorgado por el ICBF se limitó a reiterar los lineamientos acordados por los Criterios unificados de la Sala Plena de comisionados respecto de la aplicación de la Ley 1960 de 2019, pero sin hacer mención acerca del Art. 6 de la misma y de la posibilidad de posesionarse en uno de los nuevos cargos de creación posterior a la convocatoria y que actualmente se

encuentran vacantes, manifestando igualmente que en el Departamento de Santander había un total de 11 vacantes que a la fecha se encuentran ocupadas por funcionarios en calidad de provisionalidad, encargo e incluso pendientes por ser provistas.

2. Pretensiones.

1. Tutelar los derechos fundamentales de petición, trabajo, igualdad, debido proceso y acceso a cargos públicos, estipulados en la CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 y, en consecuencia, se ordene a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, acate las disposiciones normativas contenidas en la Ley 1960 de 2019 y en el Criterio Unificado expedido por la Sala Plena de la CNSC, de fecha 16 de enero de 2020.

2. Ordenar a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL y al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, con base en el derecho fundamental a igualdad, citando el fallo de tutela de segunda instancia expedido por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, radicado 76 001 33 33 021 2019-00234-01, interpuesto por la elegible JESSICA LORENA REYES CONTRERAS, que ambas entidades de manera conjunta realicen los actos tendientes para que provean las 328 vacantes Código 2125 Grado 17 creadas por el Decreto 1479 de 2017 y distribuidas por la Resolución No 7746 de 2017, con la lista de elegibles Resolución CNSC No 20182230124605 del 03-09-2018, *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer diecinueve (19) vacantes del empleo identificado con el Código OPEC No. 34772, denominado DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016 – ICBF”*,

II. TRAMITE PROCESAL

A la presente acción se le dio el trámite preferencial contemplado en el Decreto 2591 de 1991, corriendo traslado de la solicitud de amparo y de sus anexos a las entidades accionadas quienes concurrieron al trámite en los siguientes términos:

- **Comisión Nacional del Servicio Civil - CNSC**

Señala la improcedencia de la acción de tutela para controvertir actos administrativos de carácter individual ante la existencia de otros mecanismos idóneos para su

contradicción como lo es el medio de control de Nulidad y Nulidad y Restablecimiento del Derecho regulados en la Ley 1437 de 2011 los que se encuentran a disposición de la actora.

Frente a la planta de personal del ICBF y su composición, refirió no tener competencia o injerencia alguna, por lo que desconoce la creación y/o supresión de empleos que hubieren podido surtirse dentro de la entidad y frente a la expedición de la Ley 1960 de 2019, señaló que si bien en su Art. 6 modificó el numeral 4 de la Ley 909 de 2004, lo cierto es que dicha norma no resulta aplicable a la convocatoria No. 433 de 2016 y, que se ha dado cumplimiento a las órdenes de tutela continúa en desacuerdo con tal postura, ya que para la fecha de publicación de la referida norma el concurso ya había concluido.

Por tanto, respecto de la lista contenida en la Resolución No. CNSC – 20182230124605 del 3 de septiembre de 2018, solo los aspirantes que ocuparon los primeros 19 lugares son quienes adquirieron su derecho de carrera.

Finalmente señala que no existe solicitud de uso de lista de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes ofertadas con la OPEC No. 34772.

- **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**

No concurrió al trámite.

III. SENTENCIA IMPUGNADA

El Juzgado de primera instancia amparó los derechos fundamentales de petición, debido proceso, trabajo y acceso a cargos públicos de la Sra. Martha Lucia Perico Rico y ordenó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF que dentro de las 48 horas siguientes al recibo de la notificación reporte y/o actualice las nuevas vacantes creadas a partir de la expedición del Decreto 1479 de 2017 y que de acuerdo a la OPEC 24735 esto es “Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17” guarden iguales características, entiéndase con ello, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones y ubicación geográfica, así mismo, para que dentro del referido reporte, solicite a la CNSC el uso de la lista de elegibles actualizada conformada para la OPEC referida.

Igualmente ordenó a la CNSC para que dentro de las 48 horas siguientes previa recomposición de listas de que trata el Art. 63 del Acuerdo No. 20161000001376 del

5 de septiembre de 2016 proceda a dar autorización y remitir la lista de elegibles actualizada a dicha entidad.

Por otra parte, ordenó al ICBF para que dentro de las 48 horas siguientes a la recepción de la lista de elegibles actualizada por la CNSC haga uso de la misma para proveer de manera definitiva las vacantes existentes, entendiendo con ello que disponga la valoración del cumplimiento de los requisitos por parte de la actora en el sentido de estar en posición de mérito por recomposición de listas, efectúe su nombramiento y posesión inmediata en el referido cargo, con la finalidad de que pueda iniciar su periodo de prueba.

Así mismo, dispuso que la CNSC de respuesta de fondo, completa y congruente a la petición elevada el 20 de febrero.

Para lo anterior consideró que a partir de la expedición de la Ley 1960 de 2019 la que en su Art. 6 modifica el numeral 4 de su Art. 31, a partir de su expedición y publicación – 27 de junio de 2019 – se abre paso a que en los concurso de mérito, una vez surtidas todas las etapas del proceso de selección y conformada la lista de elegibles, se cubran tanto las vacantes de cargos que inicialmente fueron ofertadas en la convocatoria, como aquellas que si bien son equivalentes a las ofertadas, no fueron convocadas, pues surgiendo con posterioridad al concurso de méritos.

Frente al caso concreto refirió que la actora se inscribió en la Convocatoria Pública de empleo No. 433 de 2016 que proveía cargos definitivos para la planta de personal del ICBF optando por el cargo de “*Defensor de Familia Código 2125 Grado 17*” que para Santander ofertaba un total de 19 vacantes de ahí que una vez surtidas todas las etapas y conformada la lista de elegibles, ocupó el lugar 28, lo cual en principio no le otorgada la posibilidad de posesionarse en el cargo para el cual concursó, no obstante, en el curso de la convocatoria, el Gobierno Nacional creó 9 cargos de la misma categoría para la Seccional Santander arrojando un total de 28 vacantes – 19 inicialmente ofertadas más 9 de creación posterior-.

Resaltó que si bien al momento de la expedición del Decreto 1479 de 2017 y la emisión de la Resolución No. 7746 del 5 de septiembre de 2017 por parte del ICBF, se encontraba vigente el numeral 4 original del Art. 31 de la Ley 909 de 2004, esto es, que las vacantes se distribuían en estricto orden de mérito, pero solo frente a las cuales se efectuó el concurso, sin embargo, dicha preceptiva fue modificada por el Art. 6 de la Ley 1960 de 2019, y aún acorde con lo referido por la CNSC al empezar a surtir efectos dicha Ley, ya habían finalizado todas las etapas del concurso, lo que

daría lugar a la imposibilidad de aplicar la norma de forma retroactiva, tampoco puede ser desconocido el hecho de que para el momento de su expedición, se encontraba vigente la lista de elegibles conformada a través de la Resolución No. CNSC - 20182230124605 del 3 de septiembre de 2018 e incluso a la fecha continua vigente, por lo que se está frente a una situación jurídica que sigue sin ser consolidada, y que solo adquiriría tal carácter cuando la actora se posesione en el cargo para el que se postuló o con el vencimiento de la lista, lo que abre la posibilidad a que los efectos normativos contenidos en el referido Art. 6 le resulten aplicables al caso de la actora.

Adicional a lo anterior, debe tenerse en cuenta el Criterio Unificado de fecha 16 de enero de 2020, a través del cual la Sala Plena de la CNSC unifica lo referente al uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019 y abre la posibilidad de aplicación para casos como el de la actora.

IV. **IMPUGNACIÓN.**

Inconformes con la decisión, las entidades accionadas impugnan el fallo de tutela de primera instancia en los siguientes términos.

- **Comisión Nacional del Servicio Civil**

Resaltó que los elegibles que no alcanzaron el puntaje requerido para ocupar una posición meritatoria en la lista de elegibles para proveer el empleo No. 34772 se encuentran por el momento en espera a que se genere una vacante del mismo empleo durante la vigencia de la precitada lista, esto es, hasta el 13 de septiembre de 2020, así mismo, señala que no existe solicitud de uso de listas de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado, por lo que en caso de existir, el ICBF deberá registrarlas en SIMO y expedir el correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal y solicitar a la CNSC el uso de listas con cobro, para que esta proceda a autorizar dicho uso y se provean definitivamente las vacantes existentes.

Adicional a lo anterior, refirió que no se acreditó el requisito de subsidiariedad, ni se probó el perjuicio irremediable al que pudiera verse enfrentada.

- **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar**

Resalta la improcedencia de la tutela por no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, así como de subsidiariedad y perjuicio irremediable puesto que ya se publicó la lista de elegibles y esta adquirió firmeza en septiembre de 2018, la cual se conformó para proveer 19 vacantes y en dicha lista la accionante ocupó la posición número 28, por lo que existen al menos 8 personas con mejor derecho que la accionante para obtener lo pretendido en el presente trámite constitucional, así mismo, la actora no cuestiona dicha lista sino actuaciones que surgieron con posterioridad, específicamente el hecho de que no se haya efectuado inmediatamente su nombramiento en aplicación del Art. 6 de la Ley 1960 de 2019.

Sin embargo, el ICBF ya indicó a la accionante que procederá a hacer su nombramiento una vez se surtan una serie de procedimientos que se están adelantando por parte del Instituto y una vez la CNSC apruebe el uso de la lista, así mismo, refiere que la accionante exige el cumplimiento del Art. 6 de la Ley 1960 de 2019 – que modificó el numeral 4 de la Ley 909 de 2004 – desconociendo que la misma norma – Art. 2 – creó el derecho a los empleados de carrera administrativa a concurso de ascenso y movilidad horizontal para lo cual la Ley, otorgó término a la Comisión Nacional del Servicio Civil para regular el derecho.

Destaca que el ICBF hizo los nombramientos a que había lugar de conformidad con el Art. 31 de la Ley 909 de 2004 – vigente para el momento en que se dio apertura a la convocatoria – y solo hasta el 16 de enero de 2020, la CNSC como órgano rector de la carrera administrativa, emitió el criterio unificado “*uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019*” en virtud del cual se hará uso de las listas conforme a la mencionada Ley, lo cual implica una serie de procedimientos complejos y un trámite presupuestal que ese está adelantando en este momento.

Considera que el trámite de la acción constitucional adolece de nulidad por falta de vinculación de una tercera que puede verse afectada con el fallo, estas son, las personas que hacen parte de la lista de elegibles de la actora y que pueden tener un mejor derecho que ella para el nombramiento.

Adicional a lo anterior, la solicitud de amparo deviene improcedente al no cumplir los requisitos de trascendencia iusfundamental del asunto, subsidiariedad y perjuicio irremediable, adicional a que si al momento en que se culminen los trámites administrativos la actora no es nombrada, el acto definitivo que se emita podrá ser controvertido ante la jurisdicción de los contencioso administrativo, a través del medio

de control de Nulidad y Restablecimiento del derecho, la cual se presume idónea y eficaz para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados, sin que se advierta la existencia de un perjuicio irremediable.

Afirma que para poder hacer efectivo cualquier nombramiento con base en la lista de elegibles, es necesario que la CNSC comunique al ICBF la autorización de su uso, respecto a los aspirantes que ocupan lugares en aquellas listas, adicional a que para llevar a cabo el uso autorizado de la lista, el ICBF debe pagar una suma de dinero a la CNSC conforme el Art. 30 de la Ley 909 de 2004.

V. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Conforme lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación es competente para conocer de la **impugnación** de las sentencias de tutela dictadas en primera instancia por los Juzgados Administrativos de su jurisdicción territorial.

2. Cuestión Previa

Previo a decidir el fondo del asunto, se advierte solicitud de declarar la nulidad del trámite de primera instancia elevada por el ICBF, quien considera debió vincularse a quienes hacen parte de la lista de elegibles en la que se encuentra la actora, porque según su criterio, tales personas tienen mejor derecho.

Al respecto, observa la Sala que la sentencia impugnada no ordena el nombramiento de la tutelante de manera inmediata vulnerando con ello el orden de la lista - como lo entiende el ICBF – al contrario, dispuso precisamente la actualización de las vacantes por parte del ICBF para solicitar el uso de la lista de elegibles debidamente actualizada a la CNSC, para, con posterioridad a ello hacer uso de la misma, en aras de proveer de manera definitiva las vacantes existentes conforme a la posición de mérito, entendiendo con ello que no se presenta la causal de nulidad alegada de no vincular a los terceros con interés en las resultas del proceso, dada la indeterminación de la lista debidamente actualizada.

Adicional a lo anterior, ordena respecto de la tutelante la valoración del cumplimiento de los requisitos y **en el sentido de estar en posición de mérito** por recomposición de listas, efectúe su nombramiento y posesión inmediata en el referido cargo, con la

finalidad de que pueda iniciar su periodo de prueba, ya que conforme a la orden impartida, el ICBF deberá verificar el cumplimiento de los requisitos de la tutelante y la posición de mérito en que se encuentra dentro de la lista de elegibles previo a proceder con su nombramiento, lo que se traduce en que procederá a realizar los mismos – en el evento a que haya lugar – en estricto orden descendente conforme a la pluricitada lista, por lo que no se evidencia la presunta vulneración de derechos fundamentales de quienes se encuentran en puestos superiores a la actora

De igual manera se evidencia que, se dispuso la previa verificación del cumplimiento de requisitos por la actora para determinar si se encuentra en posición de mérito para ser nombrada, sin que se advierta que se haya dispuesto su nombramiento de manera inmediata o sin el lleno de los requisitos legales conforme a su posición en la lista de elegibles.

2. Problemas Jurídicos

El problema jurídico principal que debe resolver la Sala, corresponde a *¿determinar si la sentencia de primera instancia se debe revocar, modificar y/o confirmar?*

Para lo anterior, se deben dilucidar los siguientes problemas jurídicos subsidiarios:

¿Resulta procedente la acción de tutela en el caso concreto?

- En caso afirmativo, *¿establecer si, las accionadas, vulneran los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a cargos públicos de la Sra. Martha Lucia Perico Rico al negarse a nombrar en periodo de prueba en el Cargo de Defensor de familia, Código 2125, Grado 17” en virtud del criterio unificado de la CNSC de uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019?*

1. Tesis.

Sí, en tratándose de concursos de méritos es procedente la acción de tutela dada la ineficacia del medio de control ordinario de defensa ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo lo que puede ocasionar un perjuicio irremediable a la aspirante, toda vez que no existe en el momento acto administrativo que pueda ser objeto de debate ante esta, en tal virtud, se vulneran los derechos fundamentales de la actora dado que se probó que ante la creación de nuevos cargos para aquel que se postuló y aprobó el concurso de méritos deberá hacerse uso de la lista de elegibles vigentes pese a no haber sido ofertados en el concurso.

2. Marco jurídico y jurisprudencial.

2.1 Procedencia de la acción de tutela frente a concurso de méritos¹.

La jurisprudencia constitucional ha entendido que, por regla general, la acción de tutela procede de manera excepcional para controvertir las decisiones administrativas adoptadas al interior de un concurso de méritos pues, en principio, quienes se vean afectados por una determinación de esta naturaleza pueden valerse de los medios de control disponibles en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, ante la que es posible solicitar, incluso antes de la admisión de la demanda, la adopción de medidas cautelares con el fin de proteger y garantizar, provisionalmente, el objeto del proceso y la efectividad de la sentencia².

Con la introducción al ordenamiento jurídico de la Ley 1437 de 2011³, el legislador realizó un esfuerzo importante para que las medidas cautelares se concibieran como una garantía efectiva y material del acceso a la administración de justicia pretendiendo de esta manera irradiar el escenario administrativo de una perspectiva constitucional. Ello es razonable en la medida en que el carácter proteccionista de la Carta Política debe influir en todo el orden jurídico vigente como reflejo de su supremacía, lo que supone que las demás jurisdicciones aborden los asuntos puestos a su consideración desde una visión más garantista y menos formal del derecho. Al respecto, consultar la sentencia T-376 de 2016.

En este orden, la jurisprudencia constitucional ha estimado que la vía judicial de lo contencioso administrativo no es siempre idónea y eficaz para reponer la vulneración alegada pues, en ese caso, las medidas cautelares contempladas pueden no conceder una protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales de las personas que, habiendo adelantado los trámites necesarios para su vinculación con la administración a través de un sistema de selección de méritos, ven truncada su posibilidad de acceder al cargo por aspectos relacionados y que afectan bienes constitucionales.

En esa medida, los ciudadanos se ven expuestos, por ejemplo, al riesgo de que el registro o la lista de elegibles en la que ocuparon el primer lugar pierda

¹ Sentencia T-610/17 Magistrada Ponente: DIANA FAJARDO RIVERA, tres (3) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

² Ley 1437 de 2011, Capítulo XI, artículos 229 al 241.

³ “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

vigencia y, por consiguiente, cualquier orden futura relacionada con una eventual compensación económica, la reelaboración de la lista y el nombramiento tardío de quien tiene el derecho a posesionarse en el empleo público, en realidad no sea suficiente ni oportuna para resarcir el quebrantamiento ocasionado por la presunta ilegalidad en la actuación de la administración ni para satisfacer, en consecuencia, la pretensión de amparo consistente en el nombramiento en el cargo ofertado⁴.

Además, la interrupción de un proceso individual en el marco de un concurso, mediada por una presunta afectación a una garantía fundamental, puede implicar la consolidación de posiciones de derecho de terceras personas, por lo tanto, bajo determinadas circunstancias y en aras de evitar la existencia de daños mayores, se precisa una intervención judicial expedita, como la ofrecida solamente por la acción de tutela.

Para las distintas Salas, si bien la jurisprudencia constitucional ha señalado que existe otro mecanismo de defensa judicial para satisfacer las pretensiones de quien considera no fue nombrado en un cargo, a pesar de haber obtenido el primer puesto en un concurso, también ha precisado que este medio ordinario no es eficaz para proteger los derechos fundamentales involucrados. De ahí que la acción de tutela se constituya en la herramienta idónea, con la que cuentan los concursantes para buscar la salvaguarda de sus garantías *iusfundamentales*.

Estas consideraciones recobran mayor importancia en esta época en la que, los términos y presentación de estos medios de control en nuestro país se encuentra suspendidos, como consecuencia de la prórroga de la emergencia sanitaria dispuesta por el Ministerio de Salud a través de la Resolución No. 0000844 de 2020, hasta el 31 de agosto del mismo año, con ocasión de la Pandemia del Coronavirus, razón por la cual, los ciudadanos no cuentan con dicho medio de defensa judicial para la defensa de sus derechos de manera idónea y eficaz.

3. Caso concreto.

⁴ Por ejemplo, en la sentencia T-441 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos se dijo lo siguiente: “Resulta pertinente resaltar que tanto en la acción de nulidad como en la de nulidad y restablecimiento del derecho, el juez puede, como se indicó en párrafos precedentes, decretar medidas cautelares en aras de garantizar provisionalmente el objeto del proceso. No obstante, ello no hace que en el caso bajo estudio las acciones ante el juez contencioso administrativo sean eficaces para lograr la protección integral de los derechos del accionante”. Lo anterior, a propósito de una acción de tutela en la que se atacaba un acto administrativo que había declarado “no apto” a un ciudadano para ejercer el cargo de dragoneante del INPEC por presentar ciertas condiciones de salud.

Pretende la accionante se revoque la decisión de primera instancia argumentando que no se evidencia el perjuicio irremediable que pudiera llegar a sufrir la actora, y porque la entidad se encuentra realizando los trámites de tipo administrativo para obtener la autorización de uso de listas de elegibles por parte de la CNSC.

3.1 Hechos relevantes probados:

Para resolver los problemas jurídicos planteados en esta providencia, la Sala tendrá en cuenta los siguientes hechos relevantes que resultaron probados en el expediente:

- La Sra. Martha Lucia Perico Rico se inscribió en la Convocatoria Pública de empleo No. 433 de 2016, para optar por el cargo de “*Defensor de familia, Código 2125, Grado 17*”.
- Mediante Decreto 1479 de 2017 el Departamento Administrativo para la prosperidad Social - DPS suprime la planta de personal de carácter temporal y modifica la planta de personal del ICBF creando 328 cargos de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17.
- Tales cargos fueron distribuidos mediante la Resolución No. 7746 del 5 de septiembre de 2017 expedida por el ICBF correspondiendo a Santander 9 vacantes.
- A través de la Resolución No. CNSC – 20182230124605 del 3 de septiembre de 2018, se conformó la lista de elegibles para proveer 29 vacantes del empleo identificados con el Código OPEC No. 34772, denominados *Defensor de Familia - Código Grado 17* del ICBF – Convocatoria No. 433 de 2016 ocupando en la misma la Sra. Martha Lucia Perico Rico el puesto No 28.
- Mediante Resolución No CNS 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018. la CNSC revocó el Numeral 4 de las resoluciones que conformaban los 1187 listas de elegibles que contemplaban la posibilidad de conformar una lista general para la provisión de vacantes no convocadas a concurso.
- Mediante Criterio Unificado “ *Uso de Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019*”, del 16 de enero de 2020 expedido por la CNSC

se dejó sin efecto el criterio unificado de fecha 1 de agosto de 2019 concluyendo: “... las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC – de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los **“mismos empleos”** entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC”. (Negrilla textual).

- Mediante escrito del 25 de febrero de 2020, el ICBF da respuesta a la petición elevada por la accionante señalándole que en consideración al criterio unificado expedido por la CNSC el 16 de enero de 2020 debe adelantar unas acciones de carácter administrativo y financiero.

3.2 Valoración crítica.

Valorando los hechos que resultaron probados de cara a las reglas del concurso de méritos, la Sala llega a las siguientes conclusiones:

La acción de tutela en el caso concreto resulta procedente, dada la proximidad de la pérdida de vigencia de la lista de la que hace parte la actora – septiembre de 2020 – adicional a que en este momento no ha sido expedido acto administrativo que niegue sus peticiones y que pueda ser objeto de control por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, por lo que no existe un medio de defensa judicial idóneo y eficaz por medio del cual se pueda controvertir decisión de la administración que le permita acceder en igualdad de condiciones a un cargo de carrera administrativa.

Además, como lo recordó la Corte Constitucional en Sentencia SU-913 de 2009, “*si bien, pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para tener la entidad de excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos. De lo contrario, acudir a un proceso ordinario o contencioso administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de derechos que requieren atención inmediata. Esta concepción jurisprudencial tiene especial relevancia cuando se corre el riesgo de que en el*

trámite de una de las vías con que pueda contar el accionante, la lista de elegibles pierda vigencia y la hipotética protección que deba extenderse quede sin sustento, generando un perjuicio irremediable. En virtud de lo expuesto, se concluye, según la jurisprudencia constitucional, que la acción de tutela es el instrumento judicial eficaz e idóneo con el que cuenta una persona para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera de conformidad con los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito, por cuanto se pretenden garantizar no solo los derechos a la igualdad y al debido proceso, sino además la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución Política.”

Con base en lo precedente y de conformidad con los hechos relevantes que resultaron probados en el caso concreto, se tiene que la accionante se inscribió en la Convocatoria No. 433 de 2016 para optar al cargo de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 ocupando el puesto No. 28 frente a 19 vacantes inicialmente ofertadas, posteriormente se crearon 9 cargos adicionales, pretendiendo ser nombrada en una de ellas, toda vez que frente al total de nuevas vacantes - 19 iniciales más 9 adicionales =28 – considera le asiste derecho al haber ocupado el puesto 28 en la convocatoria referida.

Al respecto, el artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, establece que en el proceso de selección *“Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad”.*

Adicional a lo anterior, la CNSC a través de criterio unificado de fecha 16 de enero de 2020 conceptuó al respecto, señalando que las listas de elegibles de procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera – OPEC – de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los **“mismos empleos”** entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo

grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.

Si bien es cierto, deben adelantarse una serie de trámites administrativos para lograr la autorización de la lista de elegibles al ICBF por parte de la CNSC, los mismos no pueden convertirse en obstáculo para desconocer los derechos fundamentales de la actora, quien aprobó el concurso de méritos para el cargo en que pretende ser nombrada y frente al que existe vacante para ser elegida, y en virtud de ello, el juez de primera instancia ordenó el cumplimiento de tales etapas sin desconocer el procedimiento reglado para hacer uso de las listas de elegibles.

Así mismo, no puede pasar por alto la Sala que el criterio unificado proferido por la CNSC fue expedido hace 6 meses, razón por la cual el ICBF debía iniciar con celeridad los trámites respectivos para dar cumplimiento al mismo, evitando con ello las trabas administrativas de las que han sido objeto los concursantes para acceder a los cargos vacantes y para los que se postularon y aprobaron el concurso respectivo.

En ese orden de ideas, comparte la Sala lo decidido por el Juez de primera instancia, toda vez que la Ley 1960 de 2019 expresamente señala que las listas de elegibles aplican para cargos que incluso se creen con posterioridad a la convocatoria, situación fáctica que encaja plenamente con la de la aquí accionante y que permite su aplicación, teniendo en cuenta que para el momento de la expedición de la citada ley, la lista de elegibles conformada por la Resolución No. CNSC – 20182230124605 del 3 de septiembre de 2018 se encontraba vigente y para el caso de la Regional Santander existen 9 vacantes, siendo exactamente iguales a aquel para el cual aspiró la señora PERICO RICO, superó el concurso de méritos y se encuentra en lista de elegibles vigente⁵, razón por la cual se **confirmará** la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER, administrando justicia en nombre de la República y por ministerio de la Ley,

FALLA

⁵ En igual sentido, se ha pronunciado esta Corporación mediante sentencia del 18 de mayo de 2020 proferida dentro de la acción de tutela radicada 680013333011-2020-00070-01 con ponencia del H. Magistrado: Rafael Gutiérrez Solano

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia de treinta (30) de abril de dos mil veinte (2020) proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito Judicial de Bucaramanga, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese el presente fallo por el medio más expedito o en la forma señalada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: En el término legal remítase el expediente a la H. Corte Constitucional, para su eventual revisión.

CUARTO: Regístrese en el Sistema Judicial Justicia Siglo XXI por intermedio de la Auxiliar Judicial del Despacho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,
Aprobado en Sala según Acta virtual No. _____ de 2020.

Original firmado
CLAUDIA PATRICIA PEÑUELA ARCE
Magistrada Ponente

Original firmado
JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR
Magistrado

Original firmado
MILCIADES RODRÍGUEZ QUINTERO
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, treinta (30) de abril dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente:	OMAR EDGAR BORJA SOTO
Medio de Control	Tutela Segunda Instancia
Ref. Proceso	76147-33-33-001-2020-00065-00
Demandante	LUISA MARÍA FLÓREZ VALENCIA
Demandado	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF
Asunto	SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA – Tutela en el marco de concurso de méritos

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA No. _____

I. OBJETO

Decide el Tribunal, a través de la Sala de Decisión conformada por los doctores **ÓSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA**, **EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS** y **OMAR EDGAR BORJA SOTO**, éste último como magistrado ponente, la impugnación interpuesta por la parte actora en contra de la sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

1. ELEMENTOS Y PRETENSIÓN.

1.1. Derechos fundamentales invocados: manifiesta que ha sido trasgredido su derecho de petición, igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos.

1.2. Pretensión: Solicita se ordene a la CNSC y al ICBF acatar lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019 y el criterio unificado de la CNSC del 16 de enero de 2020, para que de forma conjunta se provean las 328 vacantes del denominado cargo DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17, con la lista de elegibles que

integra, 20182230032575.

Que de forma subsidiaria de existir en Cartago, en el Departamento del Valle o en otra región del país una o más vacantes definitivas del cargo DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17, se provean igualmente con la lista de elegibles a la que pertenece.

1.3. Fundamentos de la pretensión: los hechos que sirven de estribo fáctico son los siguientes:

i) Narró la accionante que la CNSC mediante Acuerdo Nro. 2016000001376 del **05/09/16** convocó a concurso de méritos para proveer vacantes de carrera administrativa del ICBF de la **Convocatoria Nro. 433 de 2016** bajo los postulados de la Ley 909 de 2004.

ii) Que se inscribió al cargo identificado con el OPEC Nro. 34820, denominado **Defensor de Familia**, Código 2125, GRADO 17, ubicado en Cartago Valle.

iii) Que entre tanto, se expidió el **Decreto 1479 de 2017** suprimiendo y a su vez, creando cargos permanentes al interior del ICBF, para el caso que importa, 328 Defensores de Familia Código 2125, Grado 17, los cuales fueron distribuidos mediante la Resolución Nro. 7746 del 05 de septiembre de 2017 en todo el territorio nacional. Cargos que al haber sido posteriores a la convocatoria 433 de 2016, no fueron ofertados en tal concurso.

iv) Que de otra parte, la CNSC publicó la Resolución Nro. 20182230062575 del 22 de junio de 2018 para proveer las 05 vacantes del cargo al que se había inscrito, ocupando el puesto Nro. 06, destacándose que todos los 05 primeros elegibles tomaron posesión de cargo.

v) Indicó que la lista contenía un artículo 4° que disponía “dichas listas, serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados” habilitándola para optar por los nuevos cargos creados hasta el 09 de julio de 2020 –fecha de vencimiento de la lista-, empero, el 22 de noviembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución Nro. 20182230156785 revocando el artículo 4° de todas las listas de elegibles de la Convocatoria Nro. 433-2016.

vi) Que de otra parte, la CNSC expidió la Resolución Nro. 20182230162005 declarando desiertas algunas vacantes de la Convocatoria Nro. 433, entre ellas, 03 cargos de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17.

vii) Que fue expedida la Ley 1960 de junio de 2019, modificando el artículo 31 de la Ley 909 de 2004 disponiendo sobre la lista de elegibles que *“Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.”*

viii) Que por su parte la Sala Plena de los Comisionados de la CNSC expidió el Criterio Unificado del 01 de agosto de 2019 *“Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2017”* precisando que lo dispuesto en la Ley 1960 solo resultaba *“aplicable a las listas de elegibles para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio”*.

ix) Narró que no obstante lo anterior, el Tribunal Administrativo del Valle mediante fallo de tutela bajo radicado 76001-33-33-021-2019-00234-01 del 18 de noviembre de 2019, en caso similar al presente respecto de la misma Convocatoria 433, resolvió inaplicar por inconstitucional el criterio unificado de la CNSC al ser restrictivo y en su lugar amparó el derecho de la entonces tutelante ordenando a la CNSC y al ICBF conjuntamente permitirle optar por uno de los nuevos empleos creados en identidad al que se había inscrito.

x) Que sumado a lo anterior, **el 16 de enero de 2020 la Sala Plena de la CNSC** aprobó un nuevo criterio unificado respecto de la Ley 1960 de 2019, estableciendo: *“las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria **y para cubrir nuevas vacantes** que se generen con posterioridad y que correspondan a los ‘mismos empleos’ entendiéndose, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.”*

xi) Que con base en el fallo del Tribunal Administrativo del Valle y especialmente el criterio unificado del CNSC elevó petición ante el ICBF y ante la CNSC para

optar por uno de 328 cargos creados o de los 3 declarados desiertos (*45 en el Valle*) todos en provisionalidad, empero contestando la CNSC ser responsabilidad del ICBF y a su turno, este último indicando que adelantaría las gestiones para el nombramiento pero sin materializar nada.

xii) Destacó que su lista de elegibles pierde vigencia el 09 de julio de 2020 debiendo realizarse todas las gestiones antes de dicho término; que al conformar la lista de elegibles cuenta con una seria expectativa sin que su derecho se haya consolidado con nombramiento alguno, por lo que le resulta aplicable lo dispuesto en la Ley 1960 de 2019.

2. TRÁMITE.

Mediante Auto Nro. 237 del 11 de marzo de 2020 el Juez Primero Administrativo de Cartago admitió la acción de tutela y ordenó notificar a las accionadas.

3. RESPUESTAS ENTIDADES ACCIONADAS.

3.1 INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (fls. 15- 46 Expediente digital - segunda parte). Tildó la acción constitucional de no contar con la trascendencia iusfundamental, así como no atender el requisito de subsidiariedad al no existir perjuicio irremediable.

Indicó que la lista de elegibles de la que hace parte ya se publicó y adquirió firmeza estando en el puesto Nro. 6; que la lista no es cuestionada sino las situaciones nuevas que surgieron con ocasión de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 para efectos del nombramiento por las nuevas vacantes; que el ICBF ya le informó a la actora **que procederá** a su nombramiento una vez se surtan las gestiones administrativas correspondientes y una vez que la CNSC apruebe el uso de la lista de elegibles, ello sin desconocerse que igualmente también debe adelantarse el trámite de ascensos al interior de la entidad lo cual debe corresponder al 30% de la oferta disponible.

Destacó que el ICBF no ha vulnerado ningún derecho de la accionante, especialmente cuando solo hasta el **16 de enero de 2020 la CNSC expidió el Criterio Unificado**, reiterando que ello implica procedimientos complejos y trámites presupuestales que se adelantan por el momento.

Relacionó las vacantes definitivas con las que cuenta el ICBF del empleo Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 OPEC (34820) provistas en encargo, provisionalidad, sin proveer y desiertas, y resaltó que la actora debe ser nombrada en el empleo que coincida con todos los criterios de igual denominación, código, grado, asignación básica, propósitos, funciones, ubicación geográfica y grupo de aspirantes atendiendo el criterio de unificación de la CNSC.

3.2 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC. (fls. 47 a 40 expediente digital – segunda parte)

Inició indicando desconocer los trámites adelantados por el ICBF por lo que eligió no decir nada al respecto.

Afirmó que es cierto que la tutelante ocupó el puesto Nro. 6 de su lista de elegibles; lista con la cual se debía proveer 05 vacantes lo cual se adelantó habida cuenta que todos los primeros cinco elegibles fueron nombrados en provisionalidad, por lo que el empleo OPEC 24820 de la Convocatoria 433 se encuentra provisto.

Indicó que los elegibles que no alcanzaron a ser nombrados se encuentran a la espera que se genere una nueva vacante del mismo empleo durante la vigencia de la lista, es decir, hasta el 09 de julio de 2020, por lo que cuentan con una seria expectativa que no se traduce en un derecho adquirido.

Que a la fecha el ICBF no ha realizado solicitud de uso de lista de elegibles para proveer vacantes iguales al empleo ofertado en el OPEC 34820 de conformidad con lo previsto en la Ley 1960 de 2019, destacando que la CNSC no tiene competencia frente a la administración de la planta de personal de la entidad

4. FALLO IMPUGNADO. (fls. 127 a 144 expediente digital – segunda parte).

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartago mediante Sentencia del 02 de abril de 2020 accedió a las pretensiones.

El a quo inició con un recuento fáctico del proceso, para luego establecer lo relativo al marco normativo y jurisprudencial sobre la acción de tutela y los concursos de mérito.

Consideró que en virtud de lo dispuesto en la **Ley 1960 de 2019, el Concepto Unificado de la CNSC del 16 de enero de 2020**, en consonancia con lo resuelto anteriormente el Tribunal Administrativo del Valle, era procedente el amparo solicitado.

En consecuencia, el a quo resolvió tutelar los derechos invocados por la accionante y ordenó al representante legal de la CNSC dentro del término de 48 horas, iniciar los trámites para ofertar los 328 cargos creados en el Decreto 1479 de 2017 para el empleo denominado DEFENSOR DE FAMILIA, Código 2125, Grado 17 ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF, con el fin de que la accionante ejerciera su opción sin que el cumplimiento superara un mes calendario. De igual forma ordenó la elaboración de la lista de elegibles dentro del término de 15 días, debiendo enviarla una vez en firme al ICBF dentro del término de 5 días; quien a su turno tendría un término de 8 días para efectuar el nombramiento.

5. IMPUGNACIÓN.

5.1 INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF (fls. 150 a 163 expediente digital – segunda parte).

Reiteró su inconformidad ante las pretensiones de la acción destacando no haber vulnerado la entidad los derechos de la actora al habersele indicado que se procedería a su nombramiento. De igual forma señaló ser improcedente la acción constitucional ante el requisito de subsidiariedad y la inexistencia de un perjuicio irremediable. Precisó el deber de la entidad de adelantar múltiples actuaciones administrativas con compromisos presupuestales sujetos al Ministerio de Hacienda y Crédito Público por cuanto reprochó como nulitable el no estar vinculado a la acción.

5.2 COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL (fls. 245 a 251 expediente digital – segunda parte)

Si bien allegó escrito de impugnación, lo cierto es que los argumentos versaron sobre **situaciones fácticas distintas, es decir, otra accionante y otro cargo** en discusión; no obstante, dejó entrever el reproche de la utilización de lista de elegibles para cargos creados con posterioridad a las convocatorias iniciales.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

1. COMPETENCIA.

El Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, Sala de Decisión del Sistema Oral, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 de la Carta Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente para conocer en segunda instancia de la impugnación del fallo de tutela.

2. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

2.1. Derechos fundamentales vulnerados: La Sala analiza los derechos fundamentales del debido proceso y acceso a cargos públicos.

2.2. Legitimación activa.

El art. 86 constitucional establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados podrá interponer acción de tutela a través de un representante o en nombre propio. De lo anterior se desprende que hay diferentes formas para que se configure la legitimación por activa, entre las que se encuentran las siguientes¹: a) cuando la interposición de la acción se realiza a través de apoderado judicial, b) cuando quien lo hace es el representante legal, ya sea de una empresa o de un menor de edad, de un interdicto, etc., c) cuando el afectado de manera directa propugna por sus derechos; d) y cuando se realiza a través de agente oficioso.

En el sub lite se da cumplimiento al literal c) dado que la actora solicita en nombre propio el amparo de los derechos fundamentales que considera le están siendo vulnerados.

2.3. Legitimación pasiva.

En la acción de tutela, la legitimación por pasiva corresponde a quien se le indilga la afectación de derechos constitucionales, procediendo contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente contra particulares, conforme al artículo 86 superior y artículo 1ro del Decreto 2591 de 1991.

¹ T-950 de 2008.

En el presente, se dirige en contra de la CNSC y el ICBF, los cuales se encuentran legitimados para esgrimir los argumentos de defensa, toda vez que la CNSC adelantó el proceso concursal para proveer las vacantes del ICBF en el marco de la Convocatoria Nro. 433 de 2016, en la cual la aspirante optó por un cargo que posteriormente fue nuevamente dispuesto para el ICBF aspirando por tanto la accionante la modificación y aplicación de la lista de elegibles ante las nuevas circunstancias.

2.4 Subsidiariedad.

Desde el punto de vista procesal, resulta imperativo para la Sala verificar los presupuestos de procedibilidad de la acción de tutela, habida cuenta que el presente asunto versa sobre un concurso de méritos.

Como es bien sabido, la acción de tutela fue concebida por el constituyente como una figura especial, revestida de unas características particulares, una de las cuales representa la subsidiariedad, es decir, dicha acción al estar encaminada a la protección inmediata de los derechos fundamentales no tiene la misma connotación que una acción ordinaria precisamente por su especialidad, por lo que la misma solo resulta procedente cuando se hayan agotado todas las vías ordinarias en aras de proteger el derecho fundamental conculcado, o cuando se está en presencia de un perjuicio irremediable fundado, haciendo procedente el amparo como mecanismo transitorio.

Así, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 que reglamentó la acción de tutela, dispone lo siguiente:

“Artículo 6º - Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante. (...) (Subraya la sala)

De modo que, la acción de tutela comporta una naturaleza de carácter subsidiario, pues para su interposición debe acreditar el accionante que los demás medios judiciales sean inexistentes o ineficaces y además de que se encuentre en un

estado de indefensión debido al perjuicio irremediable que lo acompaña, de esta manera, la invocación a los estrados de la mentada acción constitucional es loable, dado que el núcleo esencial de la misma atañe a la protección de los derechos fundamentales que sean vulnerados.

Respecto a los concursos de méritos y la procedencia de la acción de tutela, la Corte Constitucional en Sentencia de Unificación Nro. 011 del 08 de marzo de 2018, indicó:

“En relación con los concursos de méritos para acceder a cargos de carrera, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que, en principio, la acción de tutela es improcedente. No obstante, ha señalado que los medios de control de la jurisdicción contencioso administrativa, bien sea a través de los medios de control de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho, no son los mecanismos idóneos y eficaces para proteger los derechos de los participantes del concurso de méritos, puesto que no es un remedio pronto e integral para los aspirantes y la mayoría de veces, debido a la congestión del aparato jurisdiccional, el agotamiento de las mismas implica la prolongación desproporcionada de la vulneración de garantías fundamentales.”

En consecuencia, pese a existir *en principio* mecanismos de defensa idóneos para controvertir la legalidad de los actos administrativos de los concursos de méritos, la celeridad que caracteriza los procesos de selección, desplaza la eficacia de las vías ordinarias por el tiempo que toma su resolución, habida cuenta que acudir a la jurisdicción acarrearía factiblemente perjuicios en el trámite concursal debido a las fases preclusivas.

3. DEL CONCURSO DE MÉRITOS.

La Ley 909 de 2004 regula el sistema de carrera, indicando en su artículo quinto, como regla general, la provisión de los empleos de carrera administrativa mediante concurso de méritos; ello propendiendo por la eficacia de la administración, así como la garantía al acceso de funciones de quienes demuestren mejores capacidades.

Lo anterior igualmente se traduce en el sometimiento de los aspirantes a las condiciones de las convocatorias, las cuales de manera previa deben ser dadas a conocer, de suerte que, surtido el proceso de inscripción, el interesado se sujeta a la reglamentación del concurso aceptando *–de manera voluntaria–* las pautas y condiciones del proceso concursal.

Ha indicado la Corte Constitucional²:

“(..) la jurisprudencia constitucional ha expresado de manera uniforme y reiterada que los concursos – en tanto constituyen actuaciones adelantadas por las autoridades públicas – deberán realizarse con estricta sujeción (i) al derecho al debido proceso; (ii) al derecho a la igualdad y (iii) al principio de la buena fe³. Dicha obligación se traduce, en términos generales, en el imperativo que tiene la administración de ceñirse de manera precisa a las reglas del concurso ya que aquellas, como bien lo ha sostenido esta Corporación, constituyen “*ley para las partes*” que intervienen en él⁴.”

A manera de síntesis la resolución de la convocatoria se convierte en la norma que rige el concurso y como tal, ambos extremos, parte organizadora y participantes, deben ceñirse a la misma.

4. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO.

Se encuentra acreditado que la CNSC mediante Acuerdo 2016000001376 del 05 de septiembre de 2016 convocó a concurso abierto de méritos para proveer empleos vacantes pertenecientes al Sistema de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del ICBF, mediante Convocatoria 433⁵.

De igual forma se encuentra acreditado que a través de la Resolución Nro. 20182230062575 del 22 de junio de 2018, se conformó lista de elegibles para proveer 05 vacantes del empleo Código OPEC 34820, denominado DEFENSOR DE FAMILIA, CÓDIGO 2125, GRADO 17, en la cual, la accionante LUISA MARÍA FLÓREZ VALENCIA, con un puntaje de 72.51, ocupó el puesto Nro. 06⁶.

También, se encuentra probado que los cinco primeros elegibles fueron nombrados en periodo de prueba en el ICBF⁷, por lo que al reconfirmarse la lista de elegibles – *aun vigente*- la accionante se encuentra en la posición Nro. 1.

Ahora, mediante el Decreto 1479 de 2017 “*Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras” y se dictan otras disposiciones*”, dispuso en su artículo 2°:

² Sentencia T – 180 de 2015.

³ Sentencia T-502 de 2010.

⁴ Sentencia SU-913 de 2009. Reiterada en la Sentencia T-569 de 2011.

⁵ Fls. 54 a 80 expediente digital segunda parte.

⁶ Fl. 82 expediente digital segunda parte.

⁷ Fls. 84 a 126 expediente digital segunda parte.

“Artículo 2o. Crear los siguientes empleos en la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras

PLANTA GLOBAL

NÚMERO DE CARGOS		DENOMINACIÓN DEL EMPLEO	Código	Grado
328	Trescientos veintiocho	Defensor de Familia	2125	17

”

A su turno, el ICBF en respuesta dada a la accionante el 24 de febrero de 2020⁸ y en la respuesta allegada a esta acción constitucional, relacionó *“todas las vacantes definitivas del empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 (provistas en encargo, nombramiento provisional, sin proveer, vacantes desiertas) con las que cuenta el Instituto, incluyéndose los creados por el Decreto 1479 de 2017, con la correspondiente ubicación geográfica y rol definido en el Manual de Específico de Funciones y Competencias Laborales, vigente para el momento de la convocatoria, es decir, Resolución 4500 del 20 de mayo de 2016”* lo que da cuenta que, a la fecha existen cargos de Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 disponibles para el sistema de carrera administrativa.

Ahora, el Congreso expidió la **Ley 1960 de 2019** *“Por el cual se modifican –sic- la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”* disponiendo en los artículos 6 y 7:

“ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

“ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:

1. (...)
- 2 (...)
- 3 (...)

4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. **Con esta** y en estricto orden de méritos **se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.**

ARTÍCULO 7. La presente Ley **rige a partir de su publicación**, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.”

⁸ Folios 177 a 204 del expediente digital primera parte.

Es decir, que la lista de elegibles también sirve para cubrir vacantes definitivas de cargos equivalentes **no convocados** y que a pesar de que surjan con **posterioridad** a la convocatoria inicial de la entidad.

En razón de lo anterior, la Sala Plena de Comisionados del 01 de agosto de 2019, emitió concepto unificado “Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019.”, indicando:

“En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada.”

No obstante lo anterior, el 16 de enero de 2020 la CNSC aprobó un nuevo Criterio Unificado sobre el “*USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019*”, variando sustancialmente su postura y aplicación respecto de la nueva ley, a saber:

“Las Listas de Elegibles que adquirieron firmeza, así como aquellas (listas de elegibles) expedidas como consecuencia de una convocatoria aprobada con antelación a la entrada en vigencia de la Ley 1960 de 2019, seguirán las reglas previstas antes de la modificación de la Ley 909 de 2004 y las establecidas en los respectivos Acuerdos de Convocatoria.

De conformidad con lo expuesto, las listas de elegibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, **deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes** de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- **de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos"** entendiéndose, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes; criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número de OPEC.”

(...)

Se deja sin efecto el Criterio Unificado de fecha 1 de agosto de 2019, "Listas de elegibles en contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019", junto con su aclaración.”(negrillas de la Sala del Tribunal)

Con base en el nuevo criterio aplicable por la CNSC, el ICBF en respuesta brindada a la accionante y en contestación a esta acción, aceptó la procedencia del nombramiento de la señora *Luisa María Flórez* para el *mismo cargo* ofertado fuera de la Convocatoria Nro. 433, sin embargo, destacó encontrarse desarrollando las gestiones necesarias con tal finalidad.

Así las cosas, halla la Sala Decisión acertada la postura adoptada en su criterio de Unificación por parte de la CNSC, *-el cual si bien no es de carácter vinculante-*, realiza un interpretación y aplicación favorable en pro de los derechos de los concursantes en el sistema de carrera, máxime cuando por mandato del artículo 130 superior, la CNSC, es la *“responsable de la administración y vigilancia de las carreras de los servidores públicos.”*

En todo caso, debe destacarse que **la Ley 1960 de 2019** expresamente habilitó que **las listas de elegibles apliquen para cargos creados con posterioridad** a las convocatorias donde inicialmente se ofertaron, ello en razón de la vigencia de dos años de la lista y *por consiguiente* la permanencia de la expectativa sería y legítima de quien adelantó y aprobó todas las etapas del proceso concursal, resultando razonable que con una lista aún vigente se pueda optar por un *mismo cargo* que surja después del concurso inicial, habida cuenta que ya optó por él y obtuvo un resultado favorable, pudiendo entonces aspirar al mismo cargo creado después, toda vez que en esencia ya superó los requisitos necesarios para ocuparlo; ello desde luego *antes del fenecimiento de la lista*.

Sumado a lo anterior, se precisa que la regla general debe ser la ocupación por meritocracia de los cargos a través del sistema de carrera, luego entonces, resulta por disposición legal [*Ley 909 de 2004 y sus modificaciones*⁹] y constitucional [*art. 125, 130, 253, 256, 266, 268, entre otros*] acertado propender por el logro del

⁹ - Modificada por la Ley 1960 de 2019, 'por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto-ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones', publicada en el Diario Oficial No. 50.997 de 27 de junio 2019.

- Modificado por el Decreto Ley 894 de 2017, 'por el cual se dictan normas en materia de empleo público con el fin de facilitar y asegurar la implementación y desarrollo normativo del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera', publicado en el Diario Oficial No. 50.247 de 28 de mayo de 2017.

- Modificada por la Ley 1575 de 2012, 'por medio de la cual se establece la Ley General de Bomberos de Colombia', publicada en el Diario Oficial No. 48.530 de 22 de agosto de 2012.

- Modificado por el Decreto 19 de 2012, publicado en el Diario Oficial No. 48.308 de 10 de enero de 2012, 'Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública'.

- Modificada por la Ley 1093 de 2006, publicada en el Diario Oficial No. 46.395 de 18 de septiembre de 2006, 'Por la cual se crean los literales e) y f) y un parágrafo del numeral 2 del artículo 5o de la Ley 909 de 2004'

- Modificada por la Ley 1033 de 2006, publicada en el Diario Oficial No. 46.334 de 19 de julio de 2006, 'Por la cual se establece la Carrera Administrativa Especial para los Empleados Públicos no uniformados al servicio del Ministerio de Defensa Nacional, de las Fuerzas Militares, de la Policía Nacional y de sus entidades descentralizadas, adscritas y vinculadas al sector Defensa, se derogan y modifican unas disposiciones de la Ley 909 de 2004 y se conceden unas facultades conforme al numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política'.

acceso a los empleos públicos –*salvo sus excepciones*- a través del sistema de concurso de méritos.

Ahora, si bien la entidad enjuiciada *ICBF* reconoce en la contestación de la acción el derecho que le asiste a la actora en razón de la Ley 1960 de 2019, lo cierto es que, únicamente se ciñó a indicar ligeramente estar adelantando actuaciones administrativas necesarias, escudándose en la rigurosidad del trámite y sin dar prueba fehaciente al expediente de haber adelantado gestión alguna, ello en contraste con la manifestación de la *CNSC* de desconocer cualquier actuación del *ICBF*; incluso pretende la entidad nominadora la nulidad de lo actuado al no haberse llamado al Ministerio de Hacienda y Crédito Público ante quien debe solicitar el registro presupuestal; circunstancias administrativas que en todo caso debe llevar a cabo la entidad de forma ágil y celeridad toda vez que no puede dar al traste a los derechos con formalismos, los cuales si bien son necesarios y no se desconoce su importancia no pueden estar por encima de una materialización efectiva y garantista del *deber ser*.

Así las cosas, se confirmará la sentencia de primera instancia bajo el entendido de amparar los derechos de la actora, sin embargo, se modificarán las órdenes impartidas a las entidades enjuiciadas, habida cuenta que es necesario precisar que el cargo a optar corresponda al *mismo cargo* para el cual se concursó en la Convocatoria 433 de 2016.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Administrativo del Valle del Cauca**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1º. MODIFICAR los numerales segundo y tercero de la Sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Cartago, los cuales para todos los efectos legales, serán los siguientes:

“SEGUNDO: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, si aun no lo ha hecho, reporte las vacantes de la OPEC correspondiente o actualice la existente en el SIMO, y solicite ante la *CNSC* el uso de la lista de elegibles de la actora, *LUISA MARÍA FLÓREZ*, para el empleo identificado con el OPEC 34820, denominado DEFENSOR DE

FAMILIA, CÓDIGO 2125, GRADO 17, ofertado en el marco de la Convocatoria Nro. 433 a fin de proveer *con la accionante* la vacante definitiva existente en la entidad que corresponda al mismo empleo, incluyendo las creadas mediante el Decreto 1479 de 2017 y todas aquellas iguales no provistas –*aun-* por el sistema de carrera administrativa.

ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC, que a una vez solicitada por parte del ICBF el uso de la lista de elegibles de la accionante, emita su autorización y proceda a remitir la lista de elegibles a la entidad. Actuación para la cual contará con 48 horas una vez el ICBF adelante el trámite anterior.

TERCERO: ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, que dentro del término de cinco (5) días hábiles, contados a partir del recibo de la lista de elegibles por parte de la CNSC, efectúe los trámites necesarios para el nombramiento y posesión en periodo de prueba de la accionante.”

2°. CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia impugnada.

3° REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo, vencido el término de que trata el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991 y levantada la suspensión de términos de la revisión eventual de tutelas, conforme a lo dispuesto en el literal a) del numeral 1º., del art. 2 del Acuerdo 11532 de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura.

4° NOTIFICAR a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, atendiéndose que, el Consejo Superior de la Judicatura en el marco de la emergencia nacional por el COVID-19 expidió el Acuerdo PCSJA20-11532 del 11 de abril de 2020, “*Por medio del cual se prorrogan las medidas de suspensión de términos, se amplían sus excepciones y se adoptan otras medidas por motivos de salubridad pública*” disponiendo en el artículo 6º entre otras cosas, que “[E]n la recepción, gestión, trámite, decisión y de las actuaciones judiciales y administrativas, si corresponde, se privilegiará el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, de preferencia institucionales, en concordancia con lo previsto en el artículo 3º del Decreto 491 de 2020. Los jueces utilizarán preferencialmente los medios tecnológicos para todas las actuaciones, comunicaciones, **notificaciones**, audiencias y diligencias, y

permitirán a las partes, abogados, terceros e intervinientes actuar en los procesos mediante los medios tecnológicos disponibles, evitando exigir y cumplir formalidades físicas innecesarias”, lo anterior, destacándose que la parte actora dispuso e-mail para efectos de notificación en el escrito de la tutela¹⁰, al tiempo que las entidades accionadas cuentan igualmente con dicho medio.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Proyecto discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha (Acta No.)

Los Magistrados,



OMAR EDGAR BORJA SOTO

EDUARDO ANTONIO LUBO BARROS

ÓSCAR SILVIO NARVÁEZ DAZA

IAGS

¹⁰ Fl. 46 expediente digital – primera parte.

AUTO INTERLOCUTORIO No. 293

Popayán, cinco (5) de Mayo de dos mil veinte (2020).

Proceso	ACCION DE TUTELA
Accionante	ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO
Accionado	INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNCS"
Radicado	No. 1900131050022020-00072-00
Procedencia	Reparto
Instancia	Primera
Providencia	Aclaración Sentencia No.025 – 2020

ANTECEDENTES

1).- El 28 de abril de 2020 en la acción de tutela de la referencia se expidió la Sentencia No.025 – 2020.

2).- La notificación de la misma se efectuó vía correo electrónico a la accionante ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO el 30 de Abril de 2020

3).- El mismo 30 de Abril de 2020, la señora ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO, mediante escrito allegado vía correo electrónico, que fuera ratificado el lunes 4 de mayo de 2020, solicita se haga aclaración del ordinal tercero de la parte resolutive del fallo de tutela, donde se hace referencia al cargo de Profesional Universitario Código 2028, Grado 17, pero que la designación correcta es Profesional Especializado Código 2028, Grado 17.

En atención a lo anterior, debe decir el Despacho que efectivamente le asiste la razón a la memorialista, por cuanto por error involuntario así se transcribió en el caso concreto de la sentencia y en la parte resolutive numeral Tercero favorable a la señora ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO, de modo que al ser procedente la solicitud elevada, se actuará de conformidad.

Por lo anteriormente expuesto el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE POPAYAN, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,



República de Colombia

Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Popayán

RESUELVE:


PRIMERO: Aclarar la sentencia de Tutela No. 025, interpuesta en la acción constitucional interpuesta por ANGELA CECILIA ASTUDILLO MONTENEGRO contra el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF y la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC" en el sentido de indicar que para todos los efectos el cargo con Código OPEC N° 38826 su denominación correcta es PROFESIONAL ESPECIALIZADO, Código 2028, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, creado por el Decreto 1479 de 2017.

SEGUNDO: NOTIFICAR por el medio más idóneo a los interesados la decisión tomada, advirtiéndole que contra esta providencia procede la impugnación dentro de los TRES (3) DÍAS siguientes a su notificación.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual revisión si esta providencia no fuere impugnada.

NOTIFÍQUESE

El Juez,



GUSTAVO ADOLFO PAZOS MARIN

FLM



TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA

Santiago de Cali, dieciocho (18) de noviembre de dos mil diecinueve (2019)

ACCIÓN: TUTELA
ACCIONANTE: JESSICA LORENA REYES CONTRERAS
ACCIONADOS: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL
CNSC, E INSTITUTO COLOMBIANO DE
BIENESTAR FAMILIAR ICBF
PROVIDENCIA: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
RADICACIÓN N°: 76 001 33 33 021 2019 00234 01

TEMA: Derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos. Se revoca sentencia de primera instancia que negó el amparo y se accede con efectos *inter comunis*.

Providencia discutida y aprobada en Sala y Acta de la fecha. Convocatoria N° 090 del 15 de noviembre de 2019.

1. OBJETO DE DECISIÓN

Decide la Sala la impugnación presentada por la parte demandante contra la Sentencia N° 145 del 30 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado Veintiuno Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali que negó el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos.

2. FUNDAMENTO FÁCTICO DE LA SOLICITUD (Fls. 1 al 18)

Mediante acuerdo N° 20161000001 del 5 de septiembre de 2016 la CNSC convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en adelante ICBF; la accionante se inscribió para optar por la vacante del empleo identificado con el código OPEC N° 39958, denominado Profesional Universitario Código 2044, Grado 8.

Mediante Resolución N° CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018 se conformó la lista de elegibles, quedando la accionante en el segundo lugar. Dicha resolución quedó en firme el 9 de junio de 2018 y conforme el artículo 64 del Acuerdo 2016 1000001376 de 2016 tiene una vigencia de dos años.

Mediante Resolución N° 6501 del 25 de mayo de 2018 el ICBF nombró en periodo de prueba a quien había quedado en el primer lugar de la lista de elegibles. El 22 de noviembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución N° CNSC - 20182230156785 que revoca el artículo 4 de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la convocatoria N° 443 de 2016 que señalaban:

“Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la

Medio de Control: Tutela
Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras
Accionado: CNSC e ICBF
Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados.”

Lo anterior impidió que el ICBF pudiese usar la lista de elegibles contenida en la resolución N° CNSC - 20182230040835 del 26 de abril de 2018, donde la demandante estaba en turno de opción ante el nombramiento de quien ocupó el primer lugar.

De otro lado, el Gobierno Nacional expidió el decreto 1479 de 2017 “*Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del ICBF*”, suprimiendo 42 cargos de carácter temporal cuya denominación era de Profesional Universitario Código 2044 Grado 8 y creo 49 con carácter permanente; así mismo determinó que dichos cargos debían proveerse siguiendo el procedimiento establecido en el decreto ley 909 de 2004.

El 4 de diciembre de 2018 la CNSC expidió la Resolución N° 20182230162005 “*Por la cual se declara desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la convocatoria N° 4433 de 2016*”; el artículo primero declaró desierto el concurso respecto de 29 vacantes correspondientes al código 2044, grado 8, iguales al que se postuló la demandante dentro de la convocatoria 433 de 2016.

El 27 de junio de 2019 se expidió la ley 1960 que modificó la ley 909 de 2004 y el Decreto 1567 de 1998 cuyo artículo 6 establece: “El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: ‘Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.’”

El 1° de agosto de 2019 la CNSC aprobó y expidió “Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”, donde adoptó:

“La listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de Convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria.

De otra parte, los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la ley 1960 de 2019, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para las listas de elegibles.

En consecuencia, el nuevo régimen conforme con el cual las listas de elegibles pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente es aplicable a las listas expedidas para los

Medio de Control: Tutela
 Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras
 Accionado: CNSC e ICBF
 Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad al 27 de junio y por esta razón, cobijados por la ley ampliamente mencionada.”

Como la señora Isabel Cristina Mosquera Torres, primera en la lista, fue nombrada y posesionada en el cargo ofertado por la OPEC 39985, la accionante pasó a ocupar el primer lugar dentro de la Resolución N° CNSC – 20182230040835 del 26 de abril de 2018; no obstante, como la CNSC revocó el artículo cuarto de cada una de las 1187 listas de elegibles expedidas con ocasión de la Convocatoria 433 de 2016, a la fecha no cuenta con posibilidad real de acceder a un cargo público ofertado por el ICBF en el citado concurso de méritos, dado que la única vacante que se ofertó en la OPEC 39958, Código 2044 Grado 8, es la ocupada por la señora Mosquera Torres, y según la directriz arriba transcrita, dicha lista de elegibles de la que hace parte la accionante no podrá ser tenida en cuenta ya que fue expedida por un proceso de selección que se adelantó con anterioridad a la expedición de la ley 1960 de 2019, pese a que el artículo 7 de la ley 1960 de 2019¹ precisa que dicha ley rige a partir de la fecha de su publicación, por lo que tanto el ICBF como la CNSC deben acatar lo preceptuado por ella, y proveer las vacantes creadas por el Decreto 1479 de 2017 con las listas de elegibles expedidas en razón de la Convocatoria 433 de 2016 que contaron con vigencia hasta el 27 de junio de 2019.

3. PRETENSIONES DE LA SOLICITUD (Fl. 18)

Se ordene a la CNSC y al ICBF que en el término de 48 horas siguientes al fallo de tutela, realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenado en los artículos 6° y 7° de la ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles Resolución N° CNSC – 20182230040835 del 26 de abril de 2018 *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC N° 39958, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 8 del Sistema General de Carrera Administrativa del ICBF, Convocatoria 433 de 2016”*, para que nombren y posesionen a la actora en uno de las cuarenta y nueve vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017, y evitar un perjuicio irremediable.

4. DERECHOS FUNDAMENTALES VULNERADOS. (Fl. 5)

Debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos.

5. CONTESTACIÓN

5.1. Comisión Nacional del Servicio Civil CNSC (Fls. 62-64)

En cuanto a la aplicación de la Ley 1960 d 2019 es necesario advertir que la misma tiene vigencia desde su publicación esto es, desde el 27 de junio de 2019, no tiene efectos retroactivos y su aplicación se hará para convocatorias posteriores a su entrada en vigencia. Así mismo, solicita desvinculación de la presente acción, teniendo en cuenta que la CNSC

¹Artículo 7°. La presente ley rige a partir de su publicación (27 de junio de 2019), modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.

Medio de Control: Tutela
 Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras
 Accionado: CNSC e ICBF
 Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que si bien es cierto esta entidad adelantó el proceso de concurso para proveer los empleos vacantes en la planta de personal del ICBF, también lo es que esta Comisión, no tiene ninguna competencia respecto de la administración de la planta de personal del Instituto, pues la facultad para nombrar y retirar servidores públicos se encuentra en cabeza del representante legal de la entidad en este caso, la Directora del ICBF.

5.2. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (Fls. 69-84)

Que no ha incurrido en ninguna conducta violatoria de la ley o derechos fundamentales de la accionante, pues su actuación se ha ceñido a la normatividad y jurisprudencia vigente. Que de conformidad con el artículo 31 de la ley 909 de 2004, el decreto 1894 de 2012 y la jurisprudencia constitucional (SU-446 de 2011), las listas de elegibles solo pueden usarse para proveer cargos ofertados al momento de la respectiva convocatoria y por tal razón, resulta improcedente acceder a sus pretensiones para que a partir del uso de la lista de elegibles en la que se encuentra, sea nombrada en una vacante distinta a la ofertada bajo el número OPEC 39958. Por otro lado, la ley 1960 de 2019 no es aplicable en el presente caso, como quiera que rige a futuro y por ende, no puede cobijar los acuerdos de convocatoria aprobados antes de su entrada en vigencia, esto es, antes del 27 de junio de 2019, más aún cuando la lista de elegibles en la que se encontraba la accionante (Resolución N° CNSC 20182230040835 del 26 de abril de 2018) cobró firmeza el 9 de junio de 2018.

5. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Fls. 94-98)

El Juzgado Veintiuno Administrativo Oral del Circuito de Cali en sentencia N° 145 del 30 de septiembre de 2019 desvinculó a la CNSC de la presente acción pues las pretensiones de la demanda se enmarcan única y exclusivamente respecto del nombramiento y posesión, situación que solo podría ser resuelta por el órgano convocante del concurso, es decir, el ICBF; negó las pretensiones de la demanda pues de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la lista de elegibles solo tiene vocación de servir para la provisión de los empleos objeto de la convocatoria.

6. IMPUGNACIÓN (Fls. 146-172)

La accionante fundamenta su impugnación básicamente en que se aplique lo dispuesto en el artículo 6 de la ley 1960 de 2019, cuyo tenor literal es el siguiente:

“Artículo 6°. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así: “Artículo 31. El Proceso de Selección comprende:

1. (...)
2. (...)
3. (...)

4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos

Medio de Control: Tutela
Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras
Accionado: CNSC e ICBF
Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.” (Subraya la Sala).

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. Competencia

El Tribunal es competente para conocer de la impugnación de la sentencia proferida en primera instancia, según lo establecido por el artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

7.2. Procedibilidad de la acción de tutela

7.2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En esta oportunidad, la señora Jessica Lorena Reyes Contreras, actúa en nombre propio y en defensa de sus derechos e intereses, por lo que se encuentra legitimado para presentar el mecanismo de amparo.

7.2.2. Legitimación pasiva

La Comisión Nacional del Servicio Civil y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar de conformidad con lo estipulado en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 están legitimadas como parte pasiva dentro del proceso, toda vez que se les atribuye la vulneración de la prerrogativa constitucional.

7.3. Problemas Jurídicos

¿ las entidades demandadas vulneran los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la accionante al no nombrarla en un cargo igual a aquel para el que concursó y se encuentra de primera en lista de elegibles, bajo el argumento que fue creado con posterioridad a dicha convocatoria?

7.4. Tesis de la Sala Mixta de Decisión.

La Sala considera que las demandadas vulneran los derechos fundamentales de la actora y de todos los integrantes de la lista de elegibles al no aplicar el artículo 6° de la ley 1960 de 2019 so pretexto del “Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019” reglamento que excede la norma de mayor jerarquía desarrollada, al condicionar las listas de elegibles vigentes a la fecha de la convocatoria del concurso, limitante que no establece la ley y que desconoce principios constitucionales como el del mérito para acceder a cargos públicos; en consecuencia, la sentencia será revocada para en su lugar, tutelar los derechos fundamentales de la accionante, con efectos

Medio de Control: Tutela
 Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras
 Accionado: CNSC e ICBF
 Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

inter comunis, respecto de quienes hacen parte de la lista de elegibles de conformidad con lo establecido en la sentencia T-946 de 2011².

Para soportar esta decisión abordará los siguientes temas: **i)** la acción de tutela; **ii)** procedencia excepcional de la acción de tutela en concurso de méritos; **iii)** efectos *inter comunis* de las sentencias de tutela; y **iiii)** el caso concreto.

7.4.1. La acción de tutela

De conformidad con el artículo 86 de la Carta Política de 1991 la acción de tutela es un derecho público subjetivo del que goza toda persona para obtener del Estado a través de la Rama Judicial la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, en determinados casos.

Esta acción es de carácter residual y subsidiario, sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente, idóneo, que le permita al actor solicitar ante los jueces ordinarios la protección de sus derechos; salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable que debe aparecer acreditado en el proceso.

7.4.2. Procedencia excepcional de la acción de tutela en concurso de méritos.

De tiempo atrás la Jurisprudencia aceptaba la procedencia excepcional de la acción de tutela a efectos de la protección de los derechos fundamentales de quien ha participado en un concurso de méritos, pese a existir el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho el cual se torna ineficaz cuando las circunstancias particulares denoten un perjuicio irremediable:

“La Corte ha indicado que, en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.”³

² M.P. María Victoria Calle Correa.

³ Sentencia T-315 de 1998 de la Corte Constitucional

Medio de Control: Tutela
Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras
Accionado: CNSC e ICBF
Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

Estas excepciones a la improcedencia de la tutela se han desarrollado jurisprudencialmente frente a casos específicos⁴:

“De igual forma, en la sentencia SU-133 del 2 de abril de 1998, la Corte indicó que en algunas ocasiones los medios ordinarios no resultan idóneos para lograr la protección de los derechos de las personas que han participado en concursos para acceder a cargos de carrera. Afirmó la referida providencia:

“Así las cosas, esta Corporación ha considerado que la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.”

En el mismo sentido, la Sentencia T-425 del 26 de abril 2001 se pronunció en los siguientes términos:

“En un sinnúmero de ocasiones esta colegiatura ha sostenido que procede la tutela para enervar los actos de las autoridades públicas cuando desconocen los mecanismos de selección establecidos en los concursos públicos. En efecto: la vulneración de los derechos a la igualdad, al trabajo y debido proceso, de la cual son víctimas las personas acreedoras a un nombramiento en un cargo de carrera cuando no son designadas pese al hecho de haber obtenido el primer lugar en el correspondiente concurso, no encuentran solución efectiva ni oportuna en un proceso ordinario que supone unos trámites más dispendiosos y demorados que los de la acción de tutela y por lo mismo dilatan y mantienen en el tiempo la violación de un derecho fundamental que requiere protección inmediata.

En la Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002, la Corte reiteró esta posición:

“... existe una clara línea jurisprudencial según la cual la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución. Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos.”

Así mismo, en la Sentencia SU-913 de 2009 la Corte Constitucional concluyó que *“...si bien, pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para tener la entidad de excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos. De lo contrario, esto es, acudir a un proceso ordinario o contencioso*

⁴ T-112 A de 2014 M.P. Alberto Rojas Ríos.

Medio de Control: Tutela
 Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras
 Accionado: CNSC e ICBF
 Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de derechos que requieren atención inmediata”⁵

Por último, la sentencia T-160 de 2018⁶, también señaló la procedencia excepcional de la acción de tutela en concurso de méritos, cuando a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste no resulta idóneo para evitar un perjuicio irremediable:

“Esta Sala de Revisión encuentra que la acción de amparo constitucional se convierte en el mecanismo idóneo de defensa judicial para resolver la controversia sometida a revisión, por una parte, porque las pretensiones del accionante no se dirigen a determinar la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la convocatoria, pretensión para la cual puede acudir a los medios de control de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, sino que pretende demostrar que la aplicación de estas normas, en su caso concreto, lesiona sus derechos fundamentales”.

7.4.3. Efectos *inter comunis* de las sentencias de tutela

Por lo general, las sentencias de tutela tienen efectos *inter partes*, es decir, que solo afectan las situaciones particulares de los sujetos que intervienen en el proceso. Sin embargo, la H. Corte Constitucional ha señalado que, excepcionalmente, basado en la necesidad de brindar un trato igualitario y uniforme que asegure el goce efectivo de los derechos fundamentales cuando la decisión del fallo de tutela afecta a personas que si bien no promovieron el amparo constitucional se ven afectadas por una situación de hecho o de derecho de una autoridad o de un particular, los efectos deberán ser *inter comunis*.

En efecto, señala la Alta Corporación⁷ lo siguiente:

Con el fin de garantizar el derecho a la igualdad entre las personas a las que se les conculcan sus derechos fundamentales y acuden a la acción de tutela y aquellas que a pesar de encontrarse en la misma situación no tienen la calidad de accionantes, es preciso que la decisión del juez de tutela sea uniforme y tenga los mismos efectos para unos y otros. Así entonces, para dictar fallos con efectos *inter comunis* deben observarse los siguientes requisitos: “(i) que la protección de los derechos fundamentales de los peticionarios atente o amenace con atentar contra los derechos fundamentales de los no tutelantes; (ii) que quienes no acudieron a la acción de tutela y los accionantes se encuentren en condiciones objetivas similares; y (iii) que con la adopción de este tipo de fallo se cumplan fines constitucionales relevantes tales como el goce efectivo de los derechos de la comunidad y el acceso a la tutela judicial efectiva.”⁸

Incluso, con el propósito de salvaguardar la supremacía del orden superior la misma Alta Corporación señaló que, por medio de los efectos *inter comunis* se podría incluso “...dejar sin valor decisiones judiciales adoptadas frente a ciertos problemas jurídicos específicos, para en su lugar: (i) reconocer prerrogativas a determinadas personas que previamente habían

⁵ Sentencia T-112 de 2014, Corte Constitucional

⁶ M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

⁷ Sentencia T-946/11, M.P. María Victoria Calle Correa

⁸ Sentencia T-088/11, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Medio de Control: Tutela
Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras
Accionado: CNSC e ICBF
Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

acudido ante las autoridades jurisdiccionales y habían recibido un respuesta negativa, o (ii) revocar derechos reconocidos a individuos que los habían obtenido en fallos expedidos dentro de otros procesos de tutela u ordinarios.”⁹

7.4.4. Análisis del caso concreto

La señora Jessica Lorena Reyes Contreras acudió al ejercicio de la acción constitucional de tutela para obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos vulnerados por las entidades accionadas al no nombrarla y posesionarla en uno de los 49 cargos de carácter permanente creados mediante el Decreto 1479 de 2017 posterior a la Convocatoria N° 433 de 2016 en el ICBF.

Está probado en el proceso que la accionante se inscribió en la convocatoria N° 433 de 2016 que realizó la CNSC mediante Acuerdo N° 2016100000176, para proveer la planta de personal del ICBF, para optar por la vacante del empleo denominado Profesional Universitario Código 2044 Grado 8; posteriormente, mediante Resolución N° CNSC – 20182230040835 del 26 de abril de 2018 *“Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC N° 39958 denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 8 del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016-ICBF* (Folios 65-66), donde la accionante quedó de segunda, el ICBF procedió a nombrar a quien ostentaba el primer lugar, quedando la accionante con una mera expectativa de ser nombrada en dicho cargo, máxime cuando solo existía una sola vacante.

Previo a lo anterior, el Gobierno Nacional expide el Decreto 1479 de 2017, *“Por medio del cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Cecilia de la Fuente de Lleras, y se dictan otras disposiciones.”*, suprimiendo 42 empleos de profesional universitario código 2044 grado 8 de carácter temporal creados mediante Decreto 2138 de 2016 y creando 49 de igual denominación como permanentes.

La CNSC revocó el artículo cuarto de la resolución N° CNSC – 20182230040835 del 26 de abril de 2018 que permitía que la accionante pudiera acceder a uno de los cargos nuevos creados, no obstante tal posibilidad se mantiene a partir del artículo 6° de la ley 1960 de 2019 que derogó el N° 4 del artículo 31 de la ley 909 de 2004, que dispone *“Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad”*.

⁹ Sentencia SU-037/19, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

Medio de Control: Tutela
 Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras
 Accionado: CNSC e ICBF
 Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

Así las cosas, no es cierto como lo pregonan las entidades accionadas que la aplicación de la ley citada sería retroactiva, pues ella en su enunciado expresamente señala que las listas de elegibles aplican para cargos que incluso se creen con posterioridad a la convocatoria, situación fáctica que encaja plenamente en la de la actora y que la hace aplicable al encontrarse para el momento de la expedición de la ley la lista de elegibles de que es parte vigente y existir 49 cargos surtidos en provisionalidad, siendo exactamente iguales a aquel para el cual ella fue convocada y superó el concurso de méritos.

La anterior interpretación encuentra respaldo en el artículo 125 Superior que reza:

“Los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera. Se exceptúan los de elección popular, los de libre nombramiento y remoción, los de trabajadores oficiales y los demás que determine la ley.

Los funcionarios, cuyo sistema de nombramiento no haya sido determinado por la Constitución o la ley, serán nombrados por concurso público.

El ingreso a los cargos de carrera y el ascenso en los mismos, se harán previo cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes. (...).

Desatender lo dispuesto en la Norma Superior sería ignorar que *“...el sistema de carrera como principio constitucional es un verdadero mecanismo de protección de los derechos fundamentales, ya que garantiza el acceso al empleo público, por lo que debe realizarse en igualdad de oportunidades y de manera imparcial, evitando que fenómenos subjetivos de valoración como el clientelismo, el nepotismo o el amiguismo sean los que imperen al momento de proveer vacantes en los órganos y entidades del Estado.”*¹⁰

Por tal razón, el Criterio Unificado adoptado por la CNSC el 1° de agosto de 2019 sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019 que dispone que las listas de elegibles vigentes pueden ser utilizadas para proveer empleos equivalentes en la misma entidad únicamente para los procesos de selección que fueron aprobados con posterioridad a la ley, contradice la norma reglamentada y establece una limitante abiertamente inconstitucional y trasgresora de los derechos fundamentales de quienes a la entrada en vigencia de la ley, hacían parte de listas de elegibles vigentes, quienes tienen el derecho de acceder a todos los cargos vacantes o surtidos en provisionalidad de idéntica naturaleza a aquellos para los que concursaron sin importar la fecha de la convocatoria; por tal razón la Sala lo inaplicará por inconstitucional¹¹, en este caso concreto y con efectos *inter comúnis* para la lista de elegibles contenida en resolución No. CNSC 20182230040835 del 26 de abril de 2018.

¹⁰ T-180 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

¹¹ “...entendida como la facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política.” Corte Constitucional, sentencia SU 132 de 2013, M.P. Alexei Julio Estrada (E)

Medio de Control: Tutela
Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras
Accionado: CNSC e ICBF
Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

En esa línea de pensamiento, no se comparte el criterio del *a quo* que desvinculó a la CNSC para responder por la presunta violación de los derechos fundamentales invocados como vulnerados por la accionante, pues en primer lugar, le corresponde elaborar las listas de elegibles que posteriormente enviará a las entidades para proveer las vacantes definitivas mediante los nombramientos y la respectiva posesión de los que conforman dichas listas en este caso, el ICBF; y en segundo lugar, fue dicha entidad quien a través de la Resolución N° 20182230156785 del 22 de diciembre de 2018 revocó el artículo cuarto¹² de todos los actos administrativos que contenían las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria 443 de 2016 ICBF, que permitía que pudieran ser utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surgieran durante su vigencia en los mismos empleos convocados y profirió el 1° de agosto de 2019 el Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019.

Con base en lo anterior, se revocará la sentencia impugnada y se tutelarán los derechos fundamentales de la accionante, así como los de aquellas personas que conforman la lista de elegibles contenida en la resolución N° CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018, pues si los efectos de esta sentencia fueran inter partes, las personas que se encuentran en la misma situación de la señora Jessica Lorena Reyes Contreras y que no acudieron al proceso verían vulnerados sus derechos fundamentales (efectos inter comunis), máxime si se considera que existen 49 cargos vacantes o surtidos en provisionalidad; en esta secuencia se le ordenará a la CNSC que (i) dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de notificada esta decisión, oferte los 49 cargos de Profesional Universitario Código 2044, Grado 8 creados mediante el decreto 1479 de 2017 para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a quienes conforman la lista de elegibles expedida por el acuerdo No. CNSC- 20161000001376 del 5 de septiembre de 2016 para optar, proceso que en todo caso no podrá exceder un mes calendario contado partir del cumplimiento del término de las 48 horas; (ii) elabore la lista de elegibles dentro de los quince (15) días siguientes al vencimiento para optar y una vez notificado y en firme dicho acto, lo remitirá dentro de los cinco (5) días siguientes al ICBF que deberá nombrar los aspirantes dentro de los ocho (8) días siguientes al recibo de las listas y en estricto orden de mérito.

8. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia N° 145 del 30 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado Veintiuno Administrativo Oral de Cali conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

¹² "Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados."

Medio de Control: Tutela
 Accionante: Jessica Lorena Reyes Contreras
 Accionado: CNSC e ICBF
 Rad. 76001 33 33 021 2019 00234 01

SEGUNDO: TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora Jessica Lorena Reyes Contreras.

TERCERO: INAPLÍQUESE por inconstitucional, el “Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019”, proferido por la CNSC el 1° de agosto de 2019, por lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: ORDÉNASE a la CNSC que (i) dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes de notificada esta decisión, oferte los 49 cargos de Profesional Universitario Código 2044, Grado 8 creados mediante el decreto 1479 de 2017 para el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, con el fin de que quienes conforman las listas de elegibles opten, proceso que no podrá exceder del término de un mes calendario contado partir del cumplimiento de las 48 horas; (ii) elabore la lista de elegibles dentro de los quince (15) días siguientes y debidamente notificado el acto y en firme lo remita al ICBF en el término máximo de cinco (5) días hábiles.

QUINTO: ORDÉNASE al ICBF, recibida la lista de elegibles por parte de la CNSC, en el término de ocho (8) días hábiles deberá nombrar a los aspirantes en estricto orden de mérito.

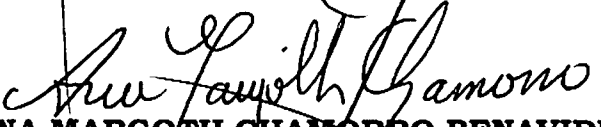
SEXTO: La presente decisión tiene efectos *inter comúnis* para todas a aquellas personas que conforman la lista de elegibles contenida en la resolución N° CNSC-20182230040835 del 26 de abril de 2018, y que no acudieron al proceso como accionantes.

SEPTIMO: NOTIFÍQUESE a las partes la presente decisión, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 del Decreto 306 de 1.992.

OCHO: REMITIR dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, si no fuere impugnada, el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ZORANNY CASTILLO OTALORA
 Magistrada Ponente


ANA MARGOTH CHAMORRO BENAVIDES
 Magistrada


VÍCTOR ADOLFO HERNÁNDEZ DÍAZ
 Magistrado

Subvención por el voto.

República de Colombia



Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca
Despacho 11

Santiago de Cali, dieciocho (18) de noviembre de dos mil diecinueve (2019).

Radicación:	7600133302120190023401
Acción:	TUTELA
Demandante:	JESSICA LORENA REYES CONTRERAS
Demandado:	CNSC E ICBF
Instancia:	SEGUNDA

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Suscribo salvamento parcial de voto, específicamente en lo que respecta a los efectos del fallo de tutela.

En mi criterio los tribunales no tienen la facultad de amplificar los efectos de sus fallos porque no son órganos de cierre.

En la sentencia SU037/19 recordó la Corte Constitucional:

7.1. La Corte Constitucional ha explicado que de conformidad con los artículos 48 de la Ley 270 de 1996¹ y 36 del Decreto 2191 de 1991², por regla general, *“los efectos de las decisiones que profiere (...) en su labor de revisión de las sentencias de tutela son inter partes”*, es decir, solo afectan a los extremos procesales involucrados en la causa³. Sin embargo, en razón de la misión encomendada por el artículo 241 de la Constitución consistente en salvaguardar la integridad del ordenamiento superior, esta Corporación ha desarrollado dos dispositivos específicos de extensión de las consecuencias de las órdenes

¹ “Artículo 48. Alcance de las sentencias en el ejercicio del control constitucional. Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto: (...) 2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces”. Al respecto, cabe resaltar que el numeral transcrito fue declarado exequible de manera condicionada en la Sentencia C-037 de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), bajo el entendido que “las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad”.

² “Artículo 36. Efectos de la revisión. Las sentencias en que se revise una decisión de tutela solo surtirán efectos en el caso concreto y deberán ser comunicadas inmediatamente al juez o tribunal competente de primera instancia, el cual notificará la sentencia de la Corte a las partes y adoptará las decisiones necesarias para adecuar su fallo a lo dispuesto por ésta”.

³ Sentencia SU-011 de 2018 (M.P. Diana Fajardo Rivera y Gloria Stella Ortiz Delgado).

que adopta en las providencias de amparo, los cuales ha denominado efectos *inter comunis* e *inter pares*⁴.

De este modo sustentó mi salvamento parcial de voto.

Atentamente,


ANA MARGOTH CHAMORRO BENAVIDES
Magistrada

⁴ Cfr. Providencias SU-1023 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), A-071 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y C-461 de 2013 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla).

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO CINCUENTA Y CINCO (55) ADMINISTRATIVO
DEL CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SECCIÓN SEGUNDA**

Bogotá, D. C., seis (6) de mayo de dos mil veinte (2020)

ACCIÓN:	TUTELA
PROCESO N°:	11001-33-42-055-2020-00079-00
ACCIONANTE:	MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ
ACCIONADOS:	COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF; UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN Y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (vinculados).
ASUNTO:	SENTENCIA N°. 029

Procede el Despacho a proferir sentencia dentro de la **acción de tutela** instaurada por el señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N°. 1.095.916.652 de Girón - Santander, en nombre propio, en contra de la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC** y el **Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, Universidad de Medellín y Ministerio de Hacienda y Crédito Público (vinculados)**, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y al acceso a cargos públicos.

I. OBJETO

El accionante pretende:

1. *Que se me tutelen los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo, acceso a cargos públicos debido a la puesta en peligro de estos por parte de el (sic) INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF" y la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL "CNSC.*
2. *Se ordene a la CNSC y al ICBF que en el termino (sic) de 48 horas siguientes al fallo de tutela, realicen los tramites (sic) administrativos pertinentes para que se de (sic) cumplimiento a lo ordenando en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles Resolución No. CNSC 20182230084005 del 10/08/2018, la cual adquirió firmeza el día 27/08/18; "Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer ciento seis (106) vacantes del empleo identificado con el código OPEC No. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del sistema general de carrera administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, convocatoria No. 433 de 2016-ICBF"; para que me nombren y posesionen en las más de las setenta y seis (76) vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017 en la ciudad de Bogotá D.C., y así evitar un perjuicio irremediable.*
3. *De no prosperar la pretensión del numero dos (02) ya sea porque el juez constitucional aplique en el fallo efectos inter comunis y por ende se agoten las vacantes establecidas en la ciudad de Bogotá D.C., bajo el criterio de mejor derecho sobre la Resolución No. CNSC 20182230084005 del 10/08/2018, la cual adquirió firmeza el día 27/08/18; solicito que se aplique por inconstitucionalidad el criterio unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 del 27 de junio de 2019, proferido por la CNSC el*

1 de agosto del 2019, por lo expuesto en la parte de FUNDAMENTOS JURÍDICOS en lo que respecta a la tesis de la sentencia de la Corte Constitucional T-180/15, produciendo per sé que me nombren y posesionen en las más de 328 cargos creados para Defensor de Familia por medio del Decreto 1479 de 2017 y que actualmente se encuentran en VACANCIA DEFINITIVA, y de ser en lo posible en departamentos como Cundinamarca, Antioquia, Santander y Atlántico por que son territorios que en un hipotético caso no afectarían mi núcleo familiar.

II. HECHOS

De los hechos narrados, se destacan:

1. El accionante se inscribió el 18 de diciembre de 2016 a la convocatoria número 433 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF al cargo identificado con la OPEC 34242 Nivel: profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código: 2125 y Grado: 17, donde se ofertó 106 vacantes para el municipio de Bogotá D.C., dicha Convocatoria se hizo mediante el Acuerdo 20161000001376 de 2016 emanado por la Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC.
2. Presentó y aprobó las pruebas realizadas por la Universidad de Medellín el día 3 de septiembre de 2017, cuyos resultados fueron publicados hasta el mes de octubre de la misma anualidad. Después de realizada la etapa de valoración de antecedentes obtuvo un puntaje global de 66.78 puntos, quedando en el lugar 190.
3. Señaló que, el día 16 de agosto del año 2018, la CNSC publicó la lista de legibles para la OPEC; mediante la Resolución No. CNSC 20182230084005 del 10/08/2018, la cual adquirió firmeza el día 27/08/18; en dicha lista de elegibles el accionante ocupa el puesto 190.
4. Agregó que, el ICBF creó 328 cargos de Defensor de Familia por medio del Decreto 1479 de 2017, que actualmente se encuentran en vacancia definitiva. Igualmente, indicó que la Corte Constitucional y la normatividad establecen que no pueden haber vacantes definitivas siempre que hayan listas vigentes, es así, que el accionante el 4 de febrero de 2020 radicó petición ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, peticionando lo siguiente: “i. Que basados en el Acuerdo 562 de 2016 de la CNSC y en las demás normas que rigen para el uso de las listas de elegibles conformadas para un empleo con OPEC específica, se haga uso de la lista elegibles para la OPEC 34242 Nivel: profesional, Denominación: defensor de familia Código 2125 Grado 17 donde se ofertó 106 vacante para el Centro Zonal Bogotá D.C, emitida mediante la Resolución No. CNSC – 20182230084005 del 10- 08-2018, la cual adquirió firmeza el día 27/08/18. En dicha lista de elegibles, yo ocupó el lugar 190 y que, en consecuencia, de ello, se proceda a efectuar mi nombramiento en periodo de prueba en la otra vacante (que está en vacancia definitiva) de Defensor de familia existente en el Centro Zonal en Bogotá D.C., por estar de en la lista de elegibles de la OPEC 34242 Nivel: profesional, Denominación: defensor de familia Código 2125 Grado 17.; ii. Se me informe porque se van a apartar de la providencia: Sentencia de segunda instancia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca de fecha: 18 de noviembre del 2019, bajo el radicado No. 76001333302120190023401, en caso de no acceder a mi petición principal señalándome las razones de hecho y de derecho; iii. Se me informe de la lista de elegibles de la Resolución No. CNSC – 20182230084005 del 10-08-2018, la cual adquirió firmeza el día 27/08/18, cuantas personas han sido nombradas en las 106 vacantes ofertadas en la Comisión Nacional del Servicio Civil que convocó a Concurso para el ICBF 433 – ICBF y iv. Se me informe cuantas personas están ocupando cargos en calidad de: Provisionalidad y encargos del empleo

Denominado: defensor de familia Código 2125 Grado 17, de conformidad al DECRETO 1479 DE 2017, discriminándome cuantos en la ciudad de Bogotá y cuantos a nivel nacional”.

5. Finalmente sostuvo que, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR "ICBF" mediante radicado SIM 1761751814 de fecha 25 de febrero de la presente anualidad, negó las solicitudes.

III. ACTUACIÓN PROCESAL

Mediante auto de 23 de abril de 2020, el Despacho admitió la presente acción y ordenó notificar a la **COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF** y se ordenó vincular a la **UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN**, así como, a los demás integrantes de la lista de elegibles que figuran en la Resolución N°. 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, OPEC 34242, del Nivel: Profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código: 2125 y Grado: 17; y a las personas que actualmente ocupan cargos en el ICBF, en el Nivel: Profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código: 2125 y Grado: 17, de conformidad con la ampliación de la planta, dispuesta en el Decreto 1479 de 2017 (fl.49); notificación que se efectuó el 23 de abril de 2020, tal como obra en el expediente, visible a folio 51.

Posteriormente, con auto de 28 de abril de 2020, se ordenó vincular al **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**. De otra parte, se ordenó notificar por intermedio de las entidades accionadas CNSC e ICBF, a los demás integrantes de la lista de elegibles de la Resolución N°. 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, OPEC 34242, del Nivel: Profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código: 2125 y Grado: 17; y a las personas, que actualmente ocupan cargos en el ICBF, en el Nivel: Profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código: 2125 y Grado: 17, de conformidad con la ampliación de la planta.

IV. RESPUESTA DE LA ACCIONADA

• COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC

La entidad contestó la demanda vía correo electrónico el 27 de abril de 2020, y manifestó que desconoce las acciones adelantadas por el ICBF, respecto de su planta de personal con la expedición del Decreto 1479 de 2017, y las peticiones que el accionante dirigió al ICBF.

Señaló que, es cierto que el accionante participó en el concurso de méritos, convocado mediante Acuerdo 20161000001376 de fecha 5 de septiembre de 2016, para el empleo identificado con el código OPEC N°. 34242, y que, una vez superadas las fases del concurso, se publicó la Resolución N°. CNSC – 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, en la cual el accionante ocupó la posición 190, con un puntaje de 66.78 puntos, sin embargo, los cargos disponibles eran 106, por lo que no había lugar a nombrarlo; precisando que el empleo N°. 34242, se encuentra provisto.

De igual forma, manifestó que los miembros de la lista, que no fueron nombrados, se encuentran en espera de que se generen nuevas vacantes del mismo empleo, siempre que se encuentre vigente la lista, esto es, hasta el 26 de agosto de 2020, especificando que los participantes de los concursos de méritos no cuentan con derechos adquiridos a obtener un empleo público, y simplemente son titulares de una expectativa que únicamente se materializa, cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas la etapas del proceso de selección.

Finalmente, la CNSC advierte que no tiene competencia alguna frente a la administración de plantas de personal, por lo que solicitó que se disponga la

desvinculación de dicha entidad, por falta de legitimación en la causa por pasiva y de manera subsidiaria solicitó no tutelar los derechos.

• **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF**

La entidad contestó la demanda vía correo electrónico el 27 de abril de 2020, expresó que la tutela presentada por la accionante se torna improcedente, toda vez que carece de subsidiaridad y no se configura un perjuicio irremediable, en atención a que ya se publicó la lista de elegibles y el 27 de agosto de 2018 adquirió firmeza, designándose a quienes ocuparon los 106 lugares de la lista, por ser la cantidad de cargos ofertados.

Considera que el cuestionamiento que se hace por parte del accionante, no es sobre la lista, sino de la no aplicación del numeral 6 de la Ley 1960 de 2019, que regula cargos a proveer por fuera de la convocatoria, la cual ya quedó agotada por haberse nombrado a los 106 participantes del listado de elegibles. En este sentido, manifestó que la aplicación de la ley en cita, requiere del cumplimiento de actos complejos y apropiaciones presupuestales, actuaciones coordinadas del ICBF con la Comisión Nacional del Servicio Civil, las cuales se vienen implementando a partir de enero de 2020.

Asimismo, advierte que la Ley 1960 de 2019, crea la posibilidad de ascenso para los empleados de carrera, por lo cual, se dispondrá del 30% de dichas vacantes y el resto se podrá ofertar, motivo por el que todo es un proceso de actuaciones administrativas y financieras, que se han venido adelantando, sin que hasta el momento exista nueva lista de elegibles aprobada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, motivos por los que solicita se declare improcedencia de la acción constitucional.

De manera posterior, el seis (6) de mayo de dos mil veinte (2020), el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del ICBF, a través de correo electrónico, agregó a la respuesta inicial tratando aspectos referentes a las actuaciones de la entidad para el uso de las listas, y de otra parte, hizo referencia al caso de la señora Amparo Forero Fonseca, quien solicitó ser coadyuvante; de esta manera señaló que en la Oferta Pública de Empleos de Carrera N°. 34242 (OPEC 34242), se ofertaron ciento seis (106) vacantes del empleo denominado Defensor de Familia Código 2125, Grado 17, de la cual resultó una lista de elegibles en la que la señora Amparo Moreno Fonseca ocupó la posición N°. 190.

Con relación al concepto de 16 de enero de 2020, de la Comisión Nacional del Servicio Civil- CNSC, en el que emitió el criterio unificado “uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019”, manifiesta que el ICBF ha adelantado las siguientes actuaciones:

a. Verificación e identificación en la planta global, los empleos que cumplen con las características definidas en el criterio anterior (igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones,) y en especial la ubicación geográfica.

b. Se validaron las 1196 listas de elegibles conformadas dentro de la Convocatoria 433 de 2016,

c. Como resultado de lo anterior, se evidencia que para el empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 OPEC (34242) ofertado dentro de la Convocatoria 433 de 2016, en la que participaron el accionante, como la interviniente señora AMPARO MORENO FONSECA y hace parte de la lista de elegibles 20182230084005 del 10 de agosto de 2018, existe la viabilidad de aplicar lo señalado en el Criterio Unificado expedido por la CNSC.

d. Posteriormente se reportó y actualizó la OPEC, en el aplicativo Sistema de Apoyo para la igualdad, el mérito y la Oportunidad (SIMO), de

conformidad con lo expuesto en la Circular Conjunta No. 20191000000117 del 29 de julio de 2019.

En atención a lo anterior, manifiesta que la entidad mediante oficio N°. 202012110000099591 de fecha 17 de abril de 2020, radicado en la CNSC con N°. 20203200500242, solicitó el uso de listas de elegibles para proveer las vacantes DEFINITIVAS que cumplen las condiciones del criterio unificado expedido por la CNSC, en especial la ubicación geográfica donde fue ofertado el empleo.

Así mismo, manifestó que se encuentran a la espera de la respuesta por parte de la CNSC, quienes informaran si existen elegibles que cumplan los requisitos para el uso de listas de los empleos que cumplan las condiciones de igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica, entre otros.

De otro lado, expuso que la Dirección de Gestión Humana del ICBF el 31 de marzo de 2020, con memorando interno N°. 20201210000060023, solicitó adelantar los trámites para el levantamiento previo concepto ante la Dirección General del Presupuesto Público de la Nación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de contar con los recursos para el pago a la CNSC del uso de listas de elegibles.

Con relación a la solicitud de reportar las vacantes definitivas con las que cuenta el ICBF del empleo Defensor de Familia Código 2125 Grado 17 OPEC 34242, se informa que solo se relacionaran las correspondientes a la ubicación geográfica para la cual la señora AMPARO MORENO FONSECA concursó, sin que ello signifique, que ella será nombrada en alguna de ellas, pues, se aclaró que el empleo debe coincidir con los demás criterios previamente señalados y respetando el estricto orden de elegibilidad. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se declare improcedente la acción de tutela, y en forma subsidiaria solicitó que ésta fuera negada.

• **UNIVERSIDAD DE MEDELLÍN**

La accionada presentó contestación a la acción de tutela, en la que indicó que en cumplimiento del contrato N°. 332 de 7 de diciembre de 2016, suscrito con la Comisión Nacional del Servicio Civil, fue la encargada del desarrollo del proceso de selección del personal para la provisión de cargos en el Sistema General de Carrera del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -ICBF, publicado mediante la Convocatoria N°. 433 de 2016.

En este sentido, aduce que su labor se redujo a la consolidación de la información para la conformación de la lista de elegibles, por lo que considera que se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva, en el entendido, que no tiene control, competencia o conocimiento, para actuar en la expedición de la lista de elegibles, ni sobre el procedimiento de nombramiento o periodo de prueba, por lo que solicita que se le desvincule de la acción de tutela.

- **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, guardó silencio.

PERSONAS QUE ACTUALMENTE OCUPAN CARGOS EN EL ICBF, EN EL NIVEL: PROFESIONAL, DENOMINACIÓN: DEFENSOR DE FAMILIA, CÓDIGO: 2125 Y GRADO: 17, DE CONFORMIDAD CON LA AMPLIACIÓN DE LA PLANTA.

• **Ana Marcela Serje Ochoa**

En condición de Defensora de Familia, nombrada en provisionalidad en el Centro Zonal Valledupar N°. 2 de la Regional Cesar del ICBF, mediante escrito presentado el 30 de abril de 2020, señaló que el hecho primero no es cierto, que los nombramientos provisionales en los empleos creados por el Decreto 1479 de 2017,

se efectuaron como un mecanismo de provisión transitoria de dichas vacantes, mientras se surte el correspondiente concurso de méritos para su provisión definitiva, de acuerdo a lo señalado en el artículo 2.2.5.3.1 del Decreto 1083 de 2015, por lo que considera que los nombramientos en provisionalidad de las personas que actualmente ocupan las vacantes de los empleos creados por el Decreto 1479 de 2017 son legítimos, considerando que estos nombramientos se llevaron a cabo, luego de agotarse el proceso de encargos previsto en el artículo 24 de la Ley 909 de 2004.

Asimismo, sostuvo que las reglas de los concursos son inmodificables, por tanto, no puede ser usada la lista de la convocatoria N°. 433 de 2016, donde no se ofertaron ninguno de los empleos creados en el Decreto 1479 de 2017.

Finalmente, considera que la tutela no cumple con los requisitos de subsidiariedad, ni de perjuicio inminente, por lo que solicita que se declare su improcedencia.

- **Dina Margarita Ruiz Martínez**

En su condición de Defensora de Familia, Código 2125, Grado 17, en la Regional Cesar, Centro zonal Valledupar N°. 2 (nombrada en provisionalidad), mediante escrito presentado vía correo electrónico el 30 de abril del 2020, contestó la acción de tutela, expresó que solicita que se declare improcedente la acción de tutela.

Lo anterior, argumentando que el parágrafo 1° del artículo 62 del Acuerdo N° 20161000001376 de 5 de septiembre de 2016, establece taxativamente que *“las listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la OPEC de la convocatoria, con fundamento en lo señalado en el Decreto 1894 de 2012 mientras este se encuentre vigente”*, y el parágrafo del artículo primero indicó que: *“El nombramiento efectuado en el presente artículo tendrá vigencia mientras se surte el proceso de selección necesario para proveer de manera definitiva el empleo de carrera, en los términos del artículo 2.2.5.3.1. del Decreto 1083 de 2015, norma que estaba vigente al momento de su posesión en el cargo”*.

De otro lado, señala que el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019, reza: *“La presente Ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias”*, razón por la cual, no se puede dar aplicación en este caso.

Asimismo se opone a los efectos *inter comunis*, manifestando que se puede ver afectada, y que se debe tener en cuenta que el 3 de octubre de 2019, puso en conocimiento del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar su condición de salud, mediante derecho de petición en el que solicitó se le concediera estabilidad laboral reforzada por padecer una enfermedad crónica *Lupus Eritematoso Sistémico*.

Igualmente, señaló que el 20 de enero de 2020 la CNSC, se expidió un nuevo criterio indicando que con base al principio de ultractividad de la ley, se hace referencia a la revocatoria del artículo 4, y no en aplicación de la ley 1960 de 2019, por lo que mal lo interpreta el accionante, al realizar tal afirmación teniendo en cuenta que de ser así, se estaría aplicando una Ley del año 2019 a una convocatoria del 2016, cayendo en la retroactividad de la ley, que esta proscrita en Colombia y que tal como lo establece el artículo 52 y 53 de la Ley 4 de 1913, las normas solo rigen para situaciones de hecho ocurridas con posterioridad a la fecha de su promulgación.

INTEGRANTES DE LA LISTA DE ELEGIBLES QUE FIGURAN EN LA RESOLUCIÓN N°. 20182230084005 DE 10 DE AGOSTO DE 2018, OPEC 34242, DEL NIVEL: PROFESIONAL, DENOMINACIÓN: DEFENSOR DE FAMILIA, CÓDIGO: 2125 Y GRADO: 17

- **Manuel Orlando Mena Zapata**

Actuando en nombre propio y en condición de inscrito en el concurso de méritos N°. 433 de 2016 ICBF, iniciado a partir del Acuerdo N°. 20161000001376 de 5 de septiembre del año 2016 expedido por la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante escrito del 28 de abril de 2020, solicitó que se le acepte como coadyuvante en la presente acción de tutela, por considerar que su caso es semejante al del accionante, debido a que se encuentra en la segunda posición de la lista de elegibles, cargo Profesional Universitario, identificado con OPEC 39458, Código 2044, Grado 11, ubicado en el municipio de Santiago de Cali - Valle del Cauca.

Aclaró que, no busca que se tutelen sus derechos, sino que, se amparen los del accionante, por considerar que las actuaciones de las accionadas vulneran los derechos de los ciudadanos participantes de la Convocatoria N°. 433 de 2016, por no darle aplicación a los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, para los aspirantes en listas de elegibles vigentes.

De igual forma, señaló que con el Decreto 1479 de 2017, fueron creadas 3.737 vacantes, que en la actualidad en provisionalidad, contrariando con ello el Plan de Desarrollo; así mismo, señaló que es inadecuada la no aplicación de la Ley 1960 de 2019 para convocatorias anteriores a la firma de la expedición, derivada de la interpretación de la CNSC y su presidente, de no aplicar efecto retrospectivo, ya que considera que con el comunicado de 16 de enero de 2020 de la CNSC, se crea confusión al asociar la fecha de 27 de junio de 2019, con el concepto "*mismos empleos*" concepto que es de facto similar, a "*vacantes para las cuales se efectuó el concurso*" según el mencionado comunicado CNSC, pero completamente diferente, al concepto "*cargos equivalentes*" mencionado en la Ley 1960 de 2019.

Igualmente, manifestó que con el Acuerdo N.º 0165 DE 2020, se evade una parte de la aplicación de la Sentencia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, que fue contraria a la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, E INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF, número de radicación 76 0001 33 33 021 2019 00234 01, donde se declaró inconstitucional el Criterio 1 relacionado con el artículo 6 de la ley 1960 de 2019.

- **Wilson Alexander Panqueba Cely**

Solicitó su vinculación en la presente acción de tutela, argumentando que ocupa el puesto 164 de la Resolución N°. 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, con la cual se proveen 106 vacantes del empleo código OPEC 34242, denominado Defensor de Familia, código 2125, Grado 17, que adquirió firmeza, el 27 de agosto de 2018.

Es así que, manifestó que coadyuva la acción de tutela presentada por el actor, y por tanto, apoyándose en los fundamentos jurídicos y hechos presentados por este, por lo que solicita que se amparen sus derechos y se ordene a las accionadas que procedan a realizar su nombramiento.

- **Amparo Moreno Fonseca**

Solicitó ser adherida a la presente acción constitucional, para que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a empleos públicos, en atención a que participó en la convocatoria N°. 433 de 2016 y ocupó el puesto 161 de la lista de elegibles.

En ese entendido, reiteró lo dicho por el tutelante, y solicitó que las accionantes realicen los trámites administrativos pertinentes, para que se dé cumplimiento a lo ordenado en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, y en consecuencia se autorice y use la lista de elegibles de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, la cual adquirió firmeza el 27 de agosto de 2018.

V. PRUEBAS

• ACCIONANTE

1. Fotocopia de la Resolución N°. CNSC – 20182230084005 de 10-08-2018, (Lista de elegibles).
2. Fotocopia de la providencia de segunda instancia del Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca de fecha: 18 de noviembre de 2019, Radicado N°. 76001333302120190023401.
3. Fotocopia de la petición, de fecha: 4 de febrero del 2020, vía página web al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF.
4. Fotocopia de la respuesta del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF, radicado SIM 1761751814 de fecha 25 de febrero de 2020.
5. Fotocopia del fallo del Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto del tres (3) de marzo del dos mil veinte (2020), radicado N°. 52001-33-33-009-2020-00032-00.
6. Fotocopia de respuesta del derecho de petición SIM 1761751843 de fecha 4 de febrero de 2020, donde establece las vacantes vigentes del cargo de Defensor de Familia a nivel nacional.
7. Fotocopia de la cédula de ciudadanía del actor.
8. Fotocopia de la tarjeta profesional del actor.
9. Fotocopia del registro civil de nacimiento de VGD, hija menor del accionante.

• COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC

1. Reporte de inscripción del accionante a la Convocatoria N°. 433 de 2016 – ICBF.
2. Acuerdo N°. 20161000001376 de 5 de septiembre de 2016 *“Por el cual se convoca a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente 2.470 empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF”*.
3. Lista de elegibles conformada mediante Resolución N°. CNSC - Resolución 20182230084005 de 10 de agosto de 2018.
4. Datos de los integrantes de la lista de elegibles.

• EL INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF

Datos de los Defensores de Familia Provisionales, en archivo Excel.

• Manuel Orlando Mena Zapata

Fotocopia de la cédula de ciudadanía.

• Wilson Alexander Panqueba Cely

1. Fotocopia de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, la cual adquirió firmeza el 27 de marzo de 2018.

2. Resolución N° 0622 de 31 de enero de 2019, por medio de la cual, se hace nombramiento de un cargo de provisional, suscrita por el Secretario General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
3. Resolución N° 01215 de 17 de febrero de 2020, por medio de la cual se hace un nombramiento en periodo de prueba y se dictan otras disposiciones, suscrita por el Secretario General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

- **Ana Marcela Serje Ochoa**

1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía.
2. Fotocopia de la Resolución N° 7781 de 5 de septiembre de 2017, por medio de la cual se hacen unos nombramientos en provisionalidad, suscrita por la Secretaría General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
3. Fotocopia de la Resolución N°. 0987 de 17 de febrero de 2017, por la cual se hacen unos nombramientos en empleos de carácter provisional, suscrita por la Secretaria General del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar-ICBF.
4. Fotocopia de la respuesta a la Acción de Tutela T-2020-00100 promovida por Sandra Patricia Ortiz contra la CNSC y el ICBF.

- **Amparo Moreno Fonseca**

1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía.
2. Fotocopia de la tarjeta profesional.
3. Fotocopia de la constancia de inscripción N°. 27920232 a la Convocatoria 433 de 2016, INSTITUTO COLOMBIANO DE BINESTAR FAMILIAR, generada por el Sistema de Apoyo para la Igualdad el Mérito y la Oportunidad, de fecha 24 de noviembre de 2016.
4. Fotocopia de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 del 10 de agosto de 2018, la cual adquirió firmeza el 27 de marzo de 2018.

- **Dina Margarita Ruiz Martínez**

1. Fotocopia de la Resolución de nombramiento planta provisional de fecha 14 de diciembre de 2017.
2. Fotocopia de la cedula de ciudadanía.
3. Fotocopia de Derecho de petición elevada al Instituto Nacional de Bienestar Familiar.
4. Fotocopia de los fallos de tutela de segunda instancia del Tribunal de Neiva y fallo de primera instancia de tutela de Santiago de Cali.

VI. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

De conformidad con lo establecido en los artículos 1 del Decreto 1983 de 2017 y 37 del Decreto 2591 de 1991, y teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la entidad demandada, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

B. PROBLEMA JURÍDICO

Estudiado el expediente, el despacho advierte que se centra en determinar, si se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad y al acceso a cargos públicos del señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, por parte del **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF** y de la **COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL - CNSC**, al no utilizar la lista de elegibles de la Resolución N°. CNSC – 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, para proveer una de las vacantes generadas, con la ampliación de la planta de personal del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR- ICBF, autorizada mediante el Decreto 1479 de 2017.

C. ACCIÓN DE TUTELA

Es preciso indicar que, el artículo 86 de la Constitución Política consagró la acción de tutela como un mecanismo preferente y sumario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

Por su parte, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991¹, establece que este mecanismo sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que la acción de tutela se utilice como un instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable; circunstancia que debe probarse para acceder a la protección aludida.

1. PROCEDENCIA

El Despacho reitera que la acción de tutela tiene carácter residual, vale decir, que procede en tanto el accionante no disponga de otros medios de defensa judicial para lograr la protección de sus derechos, en tal sentido, el inciso 3° del artículo 86 de la Constitución dispone: *“Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

A su vez, el numeral 1° del artículo 6° del decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela no procederá: *“Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable...”*

Acentuando la anterior norma, la Corte Constitucional en Sentencia T-177 de 2011, establece: *“En los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados; (ii) se requiere el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, (iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional. La jurisprudencia constitucional, al respecto, ha indicado que el perjuicio ha de ser inminente, esto es, que amenaza o está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes; **no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.**” (Negrillas fuera del texto).*

¹ “Por el cual se reglamenta la acción de tutela”.

La norma y la jurisprudencia citada, nos indica que para amparar los derechos de una persona por medio de la acción de tutela, es necesario que exista una amenaza real, que no se disponga de otro medio, y/o que se encuentre en un estado de especial protección por parte del Estado.

2. SUBSIDIARIEDAD

Al respecto la Corte Constitucional en Sentencia T- 076 de 2009, ha señalado reiteradamente que la acción de tutela no procede cuando el peticionario disponga de otro medio para la defensa judicial de su derecho, a menos que intente la acción como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, haciendo énfasis en el carácter excepcional del mecanismo constitucional de protección.

(...) la acción de tutela no puede convertirse en un instrumento adicional o supletorio al cual se pueda acudir cuando se dejaron de ejercer los medios ordinarios de defensa dentro de la oportunidad legal, o cuando se ejercieron en forma extemporánea, o para tratar de obtener un pronunciamiento más rápido sin el agotamiento de las instancias ordinarias de la respectiva jurisdicción. Su naturaleza, de conformidad con los artículos 86 de la Carta Política y 6º numeral 1º del Decreto 2591 de 1991, es la de ser un medio de defensa judicial subsidiario y residual que sólo opera cuando no existe otro instrumento de protección judicial, o cuando a pesar de existir, se invoca como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, de manera que no puede utilizarse para remplazar los procesos judiciales o administrativos, pues su finalidad no es otra que brindar a las personas una protección efectiva, real y eficaz, para la garantía de sus derechos constitucionales fundamentales. En consecuencia, riñe con la idea de admitirla a procesos administrativos o judiciales en curso o ya terminados, en cuanto unos y otros tienen mecanismos judiciales ordinarios para la protección de derechos de naturaleza constitucional o legal, que por lo tanto la hacen improcedente. Negrillas fuera del texto

Es así que, la Corte Constitucional ha venido sosteniendo que la acción de tutela resulta improcedente cuando con ella se pretenden sustituir mecanismos ordinarios de defensa que no fueron utilizados a su debido tiempo o simplemente no han sido utilizados. Lo planteado así por la jurisprudencia, tiene como objetivo fundamental la racionalización del ejercicio de la acción de tutela, en orden a evitar que a través de este medio extraordinario de protección constitucional, las personas pasen por alto los mecanismos ordinarios de resolución de conflictos establecidos en el ordenamiento.

3. PERJUICIO IRREMEDIABLE

En relación con el perjuicio irremediable la Corte en Sentencia T-1316 de 2001, ha señalado:

*(...) En primer lugar, el perjuicio **debe ser inminente o próximo a suceder**. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el **perjuicio ha de ser grave**, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, **deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva**: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.*

Por consiguiente, para que exista un perjuicio irremediable, es necesario que este sea inminente, que las medidas para corregirlo sean urgentes, que el daño a su vez sea grave y su protección perentoria.

4. PRINCIPIO DE INMEDIATEZ

La inmediatez es creada para que el amparo de los derechos fundamentales sea de manera rápida, inmediata y eficaz. Es así, que si se presenta demora en la presentación de la tutela, esta será improcedente, y por ende, se debe acudir a los mecanismos ordinarios administrativos o de defensa judicial.

En ese sentido, la Corte Constitucional en Sentencia T- 792 de 2009, estableció:

(...) la jurisprudencia constitucional ha enfatizado en el hecho de que el mismo exige que la acción sea promovida de manera oportuna, esto es, dentro de un término razonable luego de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos. Esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el supuesto vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse, según ha dicho la Corte, en cada caso concreto, con plena observancia de los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Posteriormente, la misma Corporación, en Sentencia T – 987 de 2008, indicó:

El presupuesto de la inmediatez como requisito de procedibilidad de la tutela, debe ponderarse bajo el criterio del plazo razonable y oportuno, con esta exigencia se pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premie la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica. Tal condición está contemplada en el artículo 86 de la Carta Política como una de las características de la tutela, cuyo objeto es precisamente la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de toda persona, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados. En relación con el plazo razonable, esta Corte ha considerado que el mismo debe medirse según la urgencia manifiesta de proteger el derecho, es decir, según el presupuesto de inmediatez y según las circunstancias específicas de cada caso concreto.

Es decir, para que proceda la acción de tutela, deberá establecerse el tiempo que dura el accionante en reclamar, pues, tratándose de derechos fundamentales su exigencia debe ser inmediata.

Conforme a los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales, se concluye que la tutela: *i.)* tiene un carácter subsidiario, *ii.)* debe ser utilizada con el ánimo de evitar un perjuicio irremediable, donde se vean afectados derechos fundamentales, y *iii.)* procede cuando no existen otros medios de defensa judicial, puesto que de lo contrario, la acción de tutela dejaría de ser un mecanismo de defensa de derechos fundamentales, y se convertiría en un recurso ordinario.

ACCIÓN DE TUTELA - CONCURSO DE MÉRITOS

Como reiteradamente lo ha definido la Corte Constitucional y el artículo 86 de la Carta Magna lo estipula, la acción de tutela “*solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”, de manera que, su procedibilidad se supedita a que el accionante no tenga a su alcance otros mecanismos de defensa o que al tenerlos, no sean los idóneos o eficaces para garantizar la defensa de sus derechos, por último, cuando busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual, procederá de manera transitoria, esto es, mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo asunto en vía judicial ordinaria.

En este sentido, dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, cuando la vulneración de los derechos se alega con fundamento en los efectos de un acto administrativo, el accionante está en la obligación de debatir el mismo en sede judicial, mediante los medios de control que el ordenamiento procesal administrativo ha estatuido para ello. **No obstante, cuando los actos que se enjuician se han proferido en el marco de un concurso de méritos su procedibilidad resulta ser más laxa**, al considerar que el mecanismo alterno no es suficientemente idóneo o eficaz, para la protección de los derechos.

De manera posterior, el alto Tribunal Constitucional, en Sentencia SU-913 de 2009, indicó:

*(...) la doctrina constitucional ha reiterado que al estar en juego la protección de los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad y el debido proceso de quienes participaron en un concurso de méritos y fueron debidamente seleccionados, **la Corte Constitucional asume competencia plena y directa, aun existiendo otro mecanismo de defensa judicial, al considerar que la tutela puede “desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto en aquellos casos en que el mecanismo alterno no es lo suficientemente idóneo y eficaz para la protección de estos derechos.***

*Considera la Corte que en materia de concursos de méritos para la provisión de cargos de carrera **se ha comprobado que no se encuentra solución efectiva ni oportuna acudiendo a un proceso ordinario o contencioso, en la medida que su trámite llevaría a extender en el tiempo de manera injustificada la vulneración de derechos fundamentales que requieren de protección inmediata.** Esta Corte ha expresado, que para excluir a la tutela en estos casos, el medio judicial debe ser eficaz y conducente, pues se trata nada menos que de la defensa y realización de derechos fundamentales, ya que no tendría objeto alguno enervar el mecanismo de tutela para sustituirlo por un instrumento previsto en el ordenamiento legal que no garantice la supremacía de la Constitución en el caso particular (...) Negrillas fuera del texto*

EFECTO “INTER PARTES” E “INTER COMUNIS”

La Corte Constitucional en casos excepcionales, ha admitido la extensión de los efectos de sus fallos de tutela, es así que en sentencia T-203 de 2002, señaló:

4. La modulación de los efectos de las sentencias por la Corte Constitucional, los efectos inter comunis y la aplicación de la sentencia SU.1023 de 2001 al presente caso

“4.1. La Corte Constitucional, como guardiana de la supremacía e integridad de la Constitución, ejerce cuatro tipos de control constitucional. El primero, es el control abstracto de normas contenidas en actos legislativos, leyes, decretos con fuerza de ley, decretos legislativos, proyectos de ley o tratados (artículo 241, #1, 4, 5, 7, 8 y 10, CP). El segundo, es el control por vía de revisión de las sentencias de tutela, el cual a su turno puede versar sobre acciones u omisiones de orden fáctico o de orden jurídico y que comprende el control constitucional de providencias judiciales y laudos arbitrales (artículo 86 y 241 #9, CP). El tercero, es el control por vía excepcional en el curso de un proceso concreto mediante la aplicación preferente de la Constitución (artículo 4, CP). El cuarto, es el control de los mecanismos de participación ciudadana en sus diversas manifestaciones (artículo 241, # 2 y 3, CP).

“Generalmente, los efectos de las providencias de la Corte Constitucional son diversos en cada tipo de control constitucional. Usualmente, los efectos son erga omnes y pro - futuro cuando controla normas en abstracto; son inter partes cuando decide sobre una tutela; son inter partes cuando aplica de manera

preferente la Constitución en el curso de un proceso concreto; y son erga omnes cuando controla el ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana. Sin embargo, no siempre el efecto de las providencias de la Corte han de ser los anteriormente señalados.

“De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, la Corte Constitucional puede modular los efectos de sus sentencias. Dentro de las múltiples alternativas disponibles, la Corte puede decidir cuál es el efecto que mejor protege los derechos constitucionales y garantiza la integridad y supremacía de la Constitución. Así lo ha hecho esta Corporación cuando ejerce un control abstracto de normas, al fijar, por ejemplo, los efectos retroactivos o diferidos de las sentencias correspondientes.

“La Corte también ha determinado los efectos de sus providencias cuando aplica la excepción de inconstitucionalidad y decidió que estos podían extenderse respecto de todos los casos semejantes, es decir inter partes, cuando se presentasen de manera concurrente una serie de condiciones.

“En materia de tutela, la Corte ha proferido numerosas sentencias en las cuales los efectos de las órdenes impartidas tienen un alcance mayor al meramente inter partes. Por ejemplo, la corte ha ordenado la adopción de programas, planes o políticas llamadas a beneficiar a personas diferentes a los accionantes y declarado estados de cosas inconstitucionales, lo cual conlleva órdenes que rebasan las partes en el caso concreto.

“La modulación de los efectos de las sentencias también se presenta en otros procesos dentro de otras ramas del derecho diferentes al constitucional. En materia civil, por ejemplo, existen normas que regulan expresamente no solo la posibilidad de acumular procesos, sino también la extensión de los efectos de la sentencia a terceros que no han participado en el proceso, no sólo para garantizar el derecho a la igualdad, sino también por razones de economía procesal, en los eventos expresamente autorizados por la ley.

“En materia constitucional existen criterios adicionales que justifican la modulación de los efectos de las sentencias. En el presente proceso resultan especialmente relevantes los que se refieren a los efectos inter comunis, desarrollados en la sentencia SU.1023/01, ya citada, de unificación sobre el mismo tema que ocupa a esta Sala.²

En efecto, los fallos de tutela por lo general tienen efectos inter partes, esto es, que solo producen efectos entre las partes que intervienen dentro de la actuación de la misma; no obstante, la Corte Constitucional en reiteradas oportunidades ha establecido que excepcionalmente, los fallos de tutela pueden tener un efecto inter comunis, es decir, contempla ampliar sus efectos a personas que si bien no promovieron el amparo constitucional, se les debe dar un trato igualitario y uniforme por encontrarse en situaciones objetivamente similares, y sus derechos se encuentran amenazados como consecuencia de las actuaciones u omisiones de autoridades o particulares.

Asimismo, en Sentencia SU-446 de 2011 la Corte Constitucional, reiteró: *“... que se debía cobijar no solo a quienes interpusieron las tutelas cuya decisión ahora se revoca, sino a todos aquellos que se encontraran en situaciones jurídicas similares a las que dieron origen al fallo, como una forma de proteger el derecho a la igualdad.”*

En este sentido, el órgano de cierre en sentencia T-946 de 2011, señaló que se deben cumplir unos requisitos para poderse dictar sentencias con efectos inter comunis, así:

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia SU.636/03.

Con el fin de garantizar el derecho a la igualdad entre las personas a las que se les conculcan sus derechos fundamentales y acuden a la acción de tutela y aquellas que a pesar de encontrarse en la misma situación no tienen la calidad de accionantes, es preciso que la decisión del juez de tutela sea uniforme y tenga los mismos efectos para unos y otros. Así entonces, para dictar fallos con efectos inter comunis deben observarse los siguientes requisitos: "(i) que la protección de los derechos fundamentales de los peticionarios atente o amenace con atentar contra los derechos fundamentales de los no tutelantes; (ii) que quienes no acudieron a la acción de tutela y los accionantes se encuentren en condiciones objetivas similares; y (iii) que con la adopción de este tipo de fallo se cumplan fines constitucionales relevantes tales como el goce efectivo de los derechos de la comunidad y el acceso a la tutela judicial efectiva.

Finalmente, el Órgano de Cierre Constitucional en Sentencia T-843/09, dejó claro, que solo compete a ella, otorgar efectos inter comunis, así: "Como ya se explicó en el acápite del problema jurídico, **solo esta Corporación expide sentencias con efectos erga omnes**", y posteriormente, agregó: "Es preciso recordar, que en principio, sólo la Corte Constitucional puede otorgar efectos "inter pares" o "inter comunes" a las decisiones de tutelas, cuando revisten particularidades especiales." Negrilla fuera de texto

De la anterior manera, si bien en principio para amparar derechos de otras personas diferentes a un tutelante, se puede dictar una sentencia que favorezca sus intereses, incluso sin haber demandado, dicha facultad, solo la tiene la Corte Constitucional, cuando profiere sentencias con efectos *inter comunis*.

NORMAS DEL CONCURSO

Inicialmente debe señalarse que, el artículo 125 de la Constitución Política, establece que los empleos en los órganos y entidades del Estado, son de carrera, exceptuando aquellos de elección popular, libre nombramiento y remoción, trabajadores oficiales y demás que determine la ley.

- LEY 909 DE 2004

De otra parte, el artículo 11 de la Ley 909 de 2004, mediante la cual se expide normas que regulan el empleo público, carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones, establece:

...Funciones de la Comisión Nacional del Servicio Civil relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa. En ejercicio de las atribuciones relacionadas con la responsabilidad de la administración de la carrera administrativa, la Comisión Nacional del Servicio Civil ejercerá las siguientes funciones:

a) Establecer de acuerdo con la ley y los reglamentos, los lineamientos generales con que se desarrollarán los procesos de selección para la provisión de los empleos de carrera administrativa de las entidades a las cuales se aplica la presente ley;

(...)

e) Conformar, organizar y manejar el Banco Nacional de Listas de Elegibles; el Banco de Datos de ex empleados con derechos de carrera cuyos cargos hayan sido suprimidos y que hubieren optado por ser incorporados y, el Banco de Datos de empleados de carrera desplazados por razones de violencia;

- Ley 1960 de 2019

Seguidamente, el legislador expidió la Ley 1960 de 2019, a través de la cual modificó la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998, y se estableció otras disposiciones. Con relación a la utilización de las listas de elegibles, determinó que:

ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

“**ARTÍCULO 31.** El proceso de selección comprende:

1. (...)

2 (...)

3 (...)

4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. **Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.** Negrilla fuera del texto.

Finalmente, en su artículo 7 estableció que la Ley rige a partir de su publicación, esto es, a partir de 27 de junio de 2019, modificando la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y derogó las disposiciones que le fueran contrarias.

- **Acuerdo CNSC 20161000001376 de 5 de septiembre de 2016**

Por medio del cual se convoca a concurso abierto de méritos, para proveer definitivamente los empleos de las vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la Planta de Personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, Convocatoria N°. 433 de 2016 ICBF, con relación a las listas de elegibles, esta dispone:

ARTÍCULO 62°. FIRMEZA DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. La firmeza de la lista de elegibles se produce, cuando vencidos los cinco,(5) días hábiles siguientes a su publicación en la página web www.cnsc.gov.co y/o enlace: SIMO a su equivalente, Convocatoria N°. 433 de 2016 ICBF, no se haya recibido reclamación alguna ni solicitud de exclusión de la misma, en consonancia con lo previsto en el artículo 55° del presente Acuerdo, o cuando las reclamaciones interpuestas en términos hayan sido resueltas y la decisión adoptada se encuentre ejecutoriada.

Una vez en firme las listas de elegibles, la CNSC remitirá al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, los actos administrativos por medio de los cuales se conforman las listas de elegibles para los diferentes empleos convocados y los publicara en la página web www.cnsc.gov.co y/o enlace: SIMO o su equivalente, Convocatoria N°. 433 de 2016 ICBF, la cual constituye el medio oficial de publicación para todos los efectos legales.

PARÁGRAFO: Las listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la OPEC de esta Convocatoria, .con fundamento en lo señalado en el Decreto 1894 de 2012, mientras este se encuentre vigente.

ARTÍCULO 63°. RECOMPOSICIÓN DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. Las listas de elegibles se recompondrán de manera automática, una vez los elegibles tomen posesión del empleo en estricto orden de mérito, o cuando estos no acepten el nombramiento o no se posesionen dentro de los términos legales, o sean excluidos de la lista con fundamento en lo señalado en los artículos 55° y 56° del presente Acuerdo.

ARTÍCULO 64°. VIGENCIA DE LAS LISTAS DE ELEGIBLES. *Las listas de elegibles tendrán una vigencia de dos (2) años a partir de su firmeza.*

- **Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018**

A través de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, se conformó la lista de elegibles para proveer 106 vacantes del empleo, identificado con el Código OPEC N°. 34242 denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, Convocatoria N°. 433 de 2016, en la que el accionante ocupa el puesto 190.

E. DERECHOS FUNDAMENTALES PRESUNTAMENTE VULNERADOS

En este caso, se aducen como transgredidos los derechos fundamentales al trabajo, debido proceso, acceso a cargos públicos e igualdad.

1. DERECHO AL TRABAJO

Respecto del derecho al trabajo Corte Constitucional, manifestó:

*De igual manera, la jurisprudencia constitucional[14] ha considerado que la naturaleza jurídica del trabajo cuenta con una triple dimensión. En palabras de la Corporación la “lectura del preámbulo y del artículo 1º superior muestra que el trabajo es valor fundante del Estado Social de Derecho, **porque es concebido como una directriz que debe orientar tanto las políticas públicas de pleno empleo como las medidas legislativas para impulsar las condiciones dignas y justas en el ejercicio de la profesión u oficio. En segundo lugar, el trabajo es un principio rector del ordenamiento jurídico que informa la estructura Social de nuestro Estado y que, al mismo tiempo, limita la libertad de configuración normativa del legislador porque impone un conjunto de reglas mínimas laborales que deben ser respetadas por la ley en todas las circunstancias** (artículo 53 superior). Y, en tercer lugar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 de la Carta, el trabajo es un derecho y un deber social que goza, de una parte, de un núcleo de protección subjetiva e inmediata que le otorga carácter de fundamental y, de otra, de contenidos de desarrollo progresivo como derecho económico y social.”³*

1. DERECHO A LA IGUALDAD

El artículo 13 de la Constitución Política, consagra el derecho fundamental a la igualdad, en los siguientes términos:

... Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. El estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados.

El estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Respecto a la igualdad de trato, se hace necesario desarrollar reglas o criterios de evaluación para determinar cuando una persona se encuentra en una situación de

³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-593 de 2014.

especial protección que amerite utilizar criterios diferentes, los cuales serán usados bajo algunas condiciones especiales.

En estudio del concepto del derecho a la igualdad, la Corte Constitucional, en Sentencia C-090 de 2001, afirmó:

Una simple aproximación a la idea de igualdad, como concepto, como principio, o como derecho reconocido al interior de un ordenamiento jurídico, revela inmediatamente que se trata de una noción que no responde a un sentido unívoco sino que admite múltiples acepciones aplicables de acuerdo con las particularidades de cada caso. Desde una perspectiva estrictamente jurídica, la igualdad se manifiesta como un derecho relacional que involucra usualmente, cargas, bienes o derechos constitucionales o legales, y cuya efectiva garantía, no se traduce en la constatación de una paridad mecánica y matemática, sino en el otorgamiento de un trato igual compatible con las diversas condiciones del sujeto”.

*(...), entonces, al juicio que se hace sobre una determinada circunstancia, de tal forma que resulta indispensable tomar en consideración las condiciones que afectan o caracterizan a cada uno de los miembros de una comunidad jurídica y el entorno en el que se desenvuelven. **Así, puede decirse que la vigencia del derecho a la igualdad no excluye necesariamente la posibilidad de dar un tratamiento diferente a personas y hechos que, de acuerdo con sus condiciones, hacen razonable la distinción.***⁴ Negrillas fuera de texto

De manera que, en aplicación del derecho a la igualdad, las autoridades no pueden hacer distinciones subjetivas que carezcan de justificación alguna, pues, si imparten un trato diferencial, éste debe fundamentarse en consideraciones razonables y objetivas que hagan viable la misma, esto es, que exijan o ameriten un trato diferente por referirse a personas que se encuentran en condiciones distintas.

3. DEBIDO PROCESO

El derecho al debido proceso se encuentra consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, en los siguientes términos: **“Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. (...)**” Negrillas fuera de texto

Es decir, que desde la Carta Magna, se imponen a las autoridades y a las personas que ejercen funciones públicas, el deber de respetar el debido proceso en todas sus actuaciones, garantizando con ello su observancia, no solo en el ámbito jurídico sino también en lo administrativo, esa garantía se traduce en el respeto que debe tener la administración a las formas previamente definidas, a la salvaguarda de los principios de contradicción e imparcialidad, de que la actuación administrativa se surtirá respetando todas sus etapas, ajustándose al ordenamiento jurídico legal y a los preceptos constitucionales. En esa dirección, en Sentencia T-200 de 2011, la Corte Constitucional, señaló:

(...) Sobre el debido proceso administrativo la Corte ha precisado que su cobertura se extiende a todo el ejercicio que debe desarrollar la administración pública en la realización de sus objetivos y fines estatales, lo que implica que cobija todas las manifestaciones en cuanto a la formación y ejecución de los actos, a las peticiones que presenten los particulares, y a los procesos que adelante la administración con el fin de garantizar la defensa de los ciudadanos.” Negrilla fuera de texto

⁴ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-090 de 2001.

Luego, debe recordar el despacho que, el debido proceso se aplica al desarrollo de cualquier actuación que adelante una entidad pública o particular que ejerza funciones públicas, garantizándose así, los derechos de defensa y contradicción.

4. ACCESO A CARGOS PÚBLICOS

De conformidad con lo establecido en el artículo 125 de la Constitución Política, la Carrera Administrativa constituye un sistema técnico de administración de personal, que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y que ofrece estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y ascenso al servicio público.

La finalidad de la Carrera Administrativa, es que el Estado pueda *“contar con servidores cuya experiencia, conocimiento y dedicación garanticen, cada vez con mejores índices de resultados, su verdadera aptitud para atender las altas responsabilidades confiadas a los entes públicos, a partir del concepto según el cual el Estado Social de Derecho exige la aplicación de criterios de excelencia en la administración pública”*⁵.

Para ello, se debe contar las esclusas que, garanticen la escogencia los servidores más idóneos, en ese camino, la Sala Plena de la Corte Constitucional en Sentencia C-040 de 1995, explicó detalladamente las etapas, que por regla general conforman los concursos públicos para proveer los empleos de carrera, esto es, que debe estar precedida de las fases, de: *i.)* convocatoria, *ii.)* reclutamiento, *iii.)* aplicación de pruebas e instrumentos de selección y (iv) elaboración de lista de elegibles; enfatizando en que aquellas deben adelantarse, con apego al principio de buena fe y los derechos a la igualdad y debido proceso.

Como consecuencia de lo anterior, cuando la administración, luego de agotadas las diversas fases del concurso, clasifica a los concursantes mediante la conformación de una lista de elegibles, está expidiendo un acto administrativo de contenido particular, ***“que a pesar de su naturaleza plural en cuanto lo integra un conjunto de destinatarios, crea derechos singulares respecto de cada una las personas que la conforman”*** Negrilla fuera de texto; es decir, se generan derechos subjetivos que por regla general, no pueden ser desconocidos por ninguna autoridad, a menos que sea necesario por motivos de utilidad pública e interés social, siempre que medie indemnización previa del afectado.

CASO CONCRETO

Pretende el tutelante que se ordene a la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF**, a través de fallo de tutela, que se protejan los derechos fundamentales al trabajo, debido proceso, acceso a cargos públicos e igualdad; y en consecuencia, se realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenando en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, se autorice y use en su caso la lista de elegibles contenida en la Resolución N°. CNSC 20182230084005 del 10 de agosto de 2018, la cual adquirió firmeza el día 27 de agosto de 2018.

De esta forma, el accionante busca que se utilice el acto administrativo con el cual *“... se conforma la lista de elegibles para proveer ciento seis (106) vacantes del empleo identificado con el código OPEC No. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del sistema general de carrera administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, convocatoria N°. 433 de 2016-ICBF”*; y se lo nombre y posea, en una de las más de las setenta y seis (76) vacantes definitivas que fueron creadas por el Decreto 1479 de 2017, en la ciudad de Bogotá, D. C.

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T- 682 de 2016.

Es así que, en el presente caso, se tiene que la **Convocatoria N°. 433 de 2016** inició con la expedición del **Acuerdo de la CNSC 2016100001376 de 5 de septiembre de 2016**, y culminó, con la emisión de la **Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018**, la cual adquirió firmeza el **27 de agosto de 2018**, conteniendo la lista de elegibles para proveer el empleo identificado con el Código OPEC N°. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF.

En ese interregno, de inicio de la Convocatoria N°. 433 de 2016 y firmeza de la lista de elegibles de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, el Gobierno Nacional, a través del **Decreto 1479 de 4 de septiembre de 2017**, suprimió la planta de personal de carácter temporal, y amplió la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, aumentando en 328 cargos el de Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, los cuales debían proveerse a través del procedimiento de la Ley 909 de 2004, y de las normas que la modifiquen adicionen, sustituyan o reglamenten.

Posteriormente, se expidió la **Ley 1960 de 2019**, la cual en su artículo 6, modificó el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004⁶, que rige la carrera administrativa, adicionándola, en el sentido de ordenar que las listas de elegibles vigentes, se utilizarían para cubrir vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, y que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso.

No obstante lo anterior, la Comisión Nacional del Servicio Civil, en criterio unificado de 1 de agosto de 2019, sobre la *“Lista de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 2019 del 27 de junio de 2019”*, determinó que sólo las listas que fueran aprobadas con posterioridad al 27 de junio de 2019 (fecha de vigencia de la ley), se regirían por la Ley 1960 de 2019. Seguidamente, la misma CNSC, dejó sin efectos el criterio inicial, y asumió, el 16 de enero de 2020, razonamiento distinto para el uso de estas listas, señalando que si existen listas, cuya firmeza se haya presentado con anterioridad a la expedición de la Ley 1960 de 2019 y aún están vigentes, se deben utilizar para proveer las nuevas vacantes que se hayan generado, siempre y cuando se trate de los mismos empleos.

De otra parte, esta instancia verificó que el accionante el 4 de febrero de 2020, presentó petición al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, vía web, solicitando que en virtud del Acuerdo N°. 562 de 2016 de la CNSC y de las demás normas que rigen el uso de las listas de elegibles, conformadas para un empleo con OPEC específica, se haga uso de la lista de elegibles de la OPEC 34242 Nivel: profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, de la Resolución N°. CNSC – 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, la cual adquirió firmeza el 27 de agosto de 2018, en consecuencia, se procediera a efectuar su nombramiento en periodo de prueba, en alguna de las vacantes definitivas de la ampliación de la planta de personal en el cargo de Defensor de Familia, existentes en el Centro Zonal Bogotá, de dicha entidad.

Estudiada la solicitud anotada, se evidenció que la lista de elegibles contenida en la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, adquirió firmeza el 27 de agosto de 2018, por lo que está vigente hasta el 27 de agosto de 2020, lo que permite concluir sin mayores elucubraciones, que la lista se encontraba en firme el 27 de junio de 2019, momento en que entró en vigencia la Ley 1960 de 2019, resultando para el caso en concreto, aplicable el artículo 6 de la citada norma.

⁶ Texto original de la Ley 909 de 2004, parcialmente derogado por la Ley 1033 de 2006: 4. Listas de elegibles. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso.

En otras palabras, al haberse creado nuevos cargos en la planta de personal del ICBF, con el Decreto 1479 de 4 de septiembre de 2017, específicamente un total de 328 cargos, con igual denominación de Defensor de Familia, Código y Grado, algunos de estos, en la misma ubicación geográfica que los de la lista de elegibles, de los llamados en la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, es preciso nombrar en uno de estos cargos al tutelante.

Cabe destacar que, si bien el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF en su respuesta a esta instancia, señala que se encuentra adelantando todas las gestiones que implica el reajuste introducido por la Ley 1960 de 2019, y que la norma no puede tener una aplicación inmediata por imposibilidad fáctica, como quiera que implica llevar a cabo una serie de actividades complejas administrativas y financieras, de manera conjunta con la CNSC, que conllevan tiempo y recursos públicos; y que al parecer, estas entidades están adelantando las actividades administrativas necesarias para la utilización de la lista de elegibles de que tratan las presentes diligencias, dicha argumentación, no es recibo para este despacho, toda vez que en los cargos, existen personas nombradas en provisionalidad, que no hacen parte de la nombrada lista. Luego, la razón de la no utilización de la lista, no es que administrativa y presupuestalmente, no se haya podido proveer porque de ser así, los cargos creados no tendrían a la fecha personas nombradas en provisionalidad.

En consideración a lo anterior, del material probatorio obrante en el expediente, se puede concluir que, no se ha dado cumplimiento a la normatividad señalada, incluso no se ha atendido el criterio de unificación de la CNSC del 16 de enero de 2020, lo que sin dubitación alguna, genera que las entidades accionadas se encuentran vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y al acceso a cargos públicos del señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**.

En este sentido, se tutelarán los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos del accionante señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N°. 1.095.916.652, frente a la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF**.

De igual forma, se ordenará a la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF**, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, realicen todos los trámites administrativos pertinentes, **para que en el caso del accionante** señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, se dé cumplimiento a lo ordenando en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, en consecuencia, se utilice la lista de elegibles de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de dos mil dieciocho (2018), la cual adquirió firmeza, el 27 de agosto de 2018; para con ella proveer uno de los cargos vacantes del empleo identificado con el código OPEC N°. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, creados por el Decreto 1479 de 2017, en la ciudad de Bogotá, D. C.

Conforme a lo anterior, se ordenará **nombrar y posesionar en periodo de prueba, al señor MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N°. 1.095.916.652, en una de las vacantes definitivas del empleo identificado con el código OPEC N°. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que fueron creados en la ampliación de la planta, por el Decreto 1479 de 2017, en la ciudad de Bogotá, D. C. Se ordenará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, que previo a dar posesión al señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, deberá verificar que cumple con todos los requisitos constitucionales y legales para el ejercicio del cargo. Así mismo, se ordenará que tanto la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF**, deben respetar en este

procedimiento, los derechos de las personas amparadas constitucionalmente, por tener condiciones especialmente protegidas.

Igualmente, no se concederá el amparo constitucional con efecto **inter comunis**, en atención a que como arriba se indicó, la modulación con estos efectos de los fallos de tutela, es facultativo de la Corte Constitucional en sede de revisión, y en consecuencia, no compete al Juez de instancia, extender los efectos de la presente sentencia.

De otra parte, este despacho procede a estudiar las solicitudes de coadyuvancia y adhesión, para la parte demandante, presentadas por el señor: Manuel Orlando Mena Zapata, quien manifiesta tener solo interés en aplicación de respeto por los derechos del tutelante; el señor Wilson Alexander Panqueba Cely y la señora Amparo Moreno Fonseca, quienes presentan interés propio, solicitando ser tenidos como coadyuvantes. De la misma manera, las solicitudes de coadyuvancia a las demandadas, presentadas por las señoras Ana Marcela Serje Ochoa y Dina Margarita Ruíz Martínez.

Es así que, el despacho debe indicar que las solicitudes de coadyuvancia y adhesión, presentadas en trámite de la acción de tutela, deben ser estudiadas en el contexto del inciso 2 del artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, que señala: **“Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud”**, agregando que sobre este punto, la Corte Constitucional en Sentencia T-062 de 2010, sostuvo: **“(…) la coadyuvancia surge en los procesos de tutela, como la participación de un tercero con interés en el resultado del proceso que manifiesta compartir reclamaciones y argumentos expuestos por el demandante de la tutela, sin que ello suponga que éste pueda realizar planteamientos distintos o reclamaciones propias que difieran de las hechas por el demandante (...)”**; posteriormente, en Sentencia T- 269 de 2012, el Alto Tribunal Constitucional, indicó: **“(…) en la acción de tutela los terceros se involucran en el proceso porque sus resultados pueden afectarlos, pero lo hacen apoyando las razones presentadas, bien por el actor o por la persona o autoridad demandadas, y no promoviendo sus propias pretensiones. (...)**” Negrillas fuera del texto.

Por lo que, para tener como coadyuvantes a terceros, estos deben tener un interés en las resultas del proceso, en el cual solicitan ser tenidos como tales, buscando una sentencia favorable para el demandante, por un interés vinculado directamente con él; en el caso bajo estudio, el interés del proceso, es el amparo de los derechos fundamentales del señor Duran Gutiérrez, sin embargo, no se observa cómo se vincula con el señor Manuel Orlando Mena Zapata, a pesar de su manifestación de no tener interés distinto, que se respeten los derechos del accionante; y menos aún, se observa interés en el caso del tutelante, por parte del señor Wilson Alexander Panqueba Cely y la señora Amparo Moreno Fonseca, pues ellos, no presentan interés en las resultas de la acción del demandante, sino un interés propio, en el cual buscan hacerse partícipes en una acción de tutela. De otra parte, en lo referente a las señoras Ana Marcela Serje Ochoa y Dina Margarita Ruiz Martínez, ocurre igual circunstancia, por cuanto efectivamente estas dos ciudadanas, presentan intereses propios, no en el caso de las accionadas, sino para la protección de sus intereses. Es decir, ni quienes pretenden ser coadyuvantes de la parte accionante, ni quienes lo pretenden por la parte accionada, cumplen con los requisitos para ser tenidos en cuenta como coadyuvantes; razón por la cual se negaran sus peticiones.

Finalmente, en cuanto a la solicitud de declarar falta de legitimación en la causa por pasiva, en el caso de la Universidad de Medellín, esta instancia observa que dentro de su competencia, efectivamente no está las de realizar las actuaciones que aquí se ordenan, igual ocurre, en el caso del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de quien no se observa que en sus funciones tenga las de atender las pretensiones que aquí se plantean; razón por la cual, se ordenará su desvinculación.

En caso de no presentarse impugnación en contra del presente fallo, se procederá con el envío del mismo a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad con lo establecido en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

En mérito de expuesto, **el Juzgado Cincuenta y Cinco (55) Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por mandato de la ley.

RESUELVE

PRIMERO.- TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos, del accionante **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N°. 1.095.916.652, por las razones expuestas, en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF**, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, realicen todos los trámites administrativos pertinentes, **para que en el caso del accionante** señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, se dé cumplimiento a lo ordenando en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, en consecuencia, utilizar la lista de elegibles de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de dos mil dieciocho (2018), la cual adquirió firmeza, el 27 de agosto de 2018; para con ella, proveer uno de los cargos vacantes del empleo identificado con el código OPEC N°. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, creados por el Decreto 1479 de 2017, en la ciudad de Bogotá, D. C.

TERCERO.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, nombrar y posesionar en periodo de prueba, al señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, identificado con la cédula de ciudadanía N°. 1.095.916.652, en una de las vacantes definitivas del empleo identificado con el código OPEC N°. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que fueron creados en la ampliación de la planta de la entidad por el Decreto 1479 de 2017, en la ciudad de Bogotá, D. C. Ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, que previo a la posesión del señor **MANUEL FERNANDO DURAN GUTIÉRREZ**, debe verificar que cumpla con todos los requisitos constitucionales y legales para el ejercicio del cargo. Así mismo, ordenar que tanto la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF**, deben respetar en este procedimiento, los derechos de las personas amparadas constitucionalmente, por tener condiciones especialmente protegidas.

CUARTO.- NEGAR las demás pretensiones, de conformidad a la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO.- DECLARAR falta de legitimación en la causa por pasiva de la **Universidad de Medellín y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO.- NEGAR las solicitudes de adhesión y coadyuvancia, presentadas por los señores **Manuel Orlando Mena Zapata, Wilson Alexander Panqueba Cely, Amparo Moreno Fonseca, Ana Marcela Serje Ochoa y Dina Margarita Ruíz Martínez**, por lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO.- Por la secretaría del Juzgado, **NOTIFICAR** la presente decisión a las Partes, a la Agente del Ministerio Público Delegada ante este despacho judicial; y al

Defensor del Pueblo, conforme a lo dispuesto en los artículos 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5 del Decreto 306 de 1992.

OCTAVO.- HACER SABER que contra la presente decisión, procede la impugnación ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, **dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.**

NOVENO.- En caso de no ser impugnado el presente fallo, por la secretaría del Juzgado, **ENVIAR** a la Corte Constitucional para su eventual revisión, de conformidad a lo establecido en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.

DÉCIMO.- Una vez regrese el expediente de la Corte Constitucional, por la secretaría del Juzgado, **PROCEDER** al archivo del mismo, luego de las anotaciones del caso en el Sistema de Gestión Judicial Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUÍS EDUARDO GUERRERO TORRES
Juez

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN PRIMERA
SUBSECCIÓN "A"

Bogotá D.C., dieciséis (16) de junio de dos mil veinte (2020).

Magistrado Ponente: Dr. LUIS MANUEL LASSO LOZANO

Ref: Exp. 110013342055202000079-01

Accionante: MANUEL FERNANDO DURÁN GUTIÉRREZ

Accionada: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, CNSC, Y OTROS

IMPUGNACIÓN DE TUTELA

SENTENCIA

La Sala decide las impugnaciones interpuestas por Dina Margarita Ruíz Martínez, Wilson Alexander Panqueba Cely, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), contra el fallo de tutela de 6 de mayo de 2020, proferido por el Juzgado Cincuenta y Cinco Administrativo de Bogotá D.C., que accedió al amparo solicitado.

El escrito de tutela

El accionante se inscribió el 18 de diciembre de 2016 a la Convocatoria No. 433 del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) al cargo identificado con la OPEC 34242 Nivel Profesional, Denominación: Defensor de Familia, Código: 2125 y Grado: 17, mediante la cual se ofrecieron 106 vacantes para Bogotá D.C. Dicha convocatoria se hizo mediante el Acuerdo 20161000001376 de 2016, emanado de la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC).

El 16 de agosto del año 2018, la CNSC publicó la lista de legibles para la OPEC referida, mediante la Resolución No. CNSC 20182230084005 del 10 de agosto de 2018, la cual adquirió firmeza el día 27 de agosto de 2018, en la cual la accionante ocupó el puesto 190.

El ICBF creó 328 cargos de Defensor de Familia por medio del Decreto 1479 de 2017, que actualmente se encuentran en vacancia definitiva.

El 4 de febrero de 2020, el accionante radicó petición ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), en la que solicitó el uso de la lista de elegibles y, en consecuencia, pidió que se le nombrara en periodo de prueba en el cargo para el cual se presentó, petición que fue resuelta en forma desfavorable mediante oficio SIM 1761751814 de 25 de febrero de 2020.

Con fundamento en lo expuesto solicitó que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y de acceso a los cargos públicos y, en consecuencia, pidió que se ordene a la CNSC y al ICBF que realicen los trámites pertinentes para que se cumpla lo ordenado en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019 y que, en consecuencia, se autorice y use la lista de elegibles Resolución No. CNSC 20182230084005 del 10 de agosto de 2018, la cual adquirió firmeza el día 27 de agosto de 2018.

En forma subsidiaria, solicitó que se aplique con efectos *inter comunis* el fallo proferido por el Juzgado Cincuenta y Cinco Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, expediente 11001-33-42-055-2020-00079-00.

Informe de las accionadas

Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC. El accionante participó en el concurso de méritos, convocado mediante Acuerdo 20161000001376 de fecha 5 de septiembre de 2016, para el empleo identificado con el código OPEC N°. 34242, y que, una vez superadas las fases del concurso, se publicó la Resolución N°. CNSC – 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, en la cual el accionante ocupó la posición 190, con un puntaje de 66.78 puntos; sin embargo, los cargos disponibles eran 106, por lo que no

había lugar a nombrarlo; precisando que el empleo N°. 34242, se encuentra provisto.

De igual forma, manifestó que los miembros de la lista, que no fueron nombrados, se encuentran en espera de que se generen nuevas vacantes del mismo empleo, siempre que se encuentre vigente la lista, esto es, hasta el 26 de agosto de 2020, especificando que los participantes de los concursos de méritos no cuentan con derechos adquiridos para obtener un empleo público y, simplemente, son titulares de una expectativa que únicamente se materializa cuando cumplen todos los requisitos legales y superan todas la etapas del proceso de selección.

Finalmente, la CNSC advierte que no tiene competencia alguna frente a la administración de plantas de personal, por lo que solicitó que se disponga la desvinculación de dicha entidad, por falta de legitimación en la causa por pasiva y, de manera subsidiaria, solicitó no tutelar los derechos.

INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, ICBF. La tutela presentada es improcedente toda vez que carece de subsidiaridad y no se configura un perjuicio irremediable, en atención a que ya se publicó la lista de elegibles y el 27 de agosto de 2018 adquirió firmeza, designándose a quienes ocuparon los 106 lugares de la lista, por ser la cantidad de cargos ofrecidos.

Considera que el cuestionamiento que se hace por parte del accionante, no es sobre la lista, sino sobre la falta de aplicación del numeral 6 (sic) de la Ley 1960 de 2019, que regula la forma en que se proveen cargos que se encuentran por fuera de la convocatoria, la cual ya quedó agotada por haberse nombrado a los 106 participantes del listado de elegibles.

En este sentido, manifestó que la aplicación de la ley en cita, requiere del cumplimiento de actos complejos, de apropiaciones presupuestales y de

actuaciones coordinadas del ICBF con la Comisión Nacional del Servicio Civil, las cuales se vienen implementando desde enero de 2020.

Asimismo, advierte que la Ley 1960 de 2019, creó la posibilidad de ascenso para los empleados de carrera, por lo cual se dispondrá del 30% de dichas vacantes y el resto se podrá ofertar, motivo por el cual es un proceso que se adelanta con actuaciones administrativas y financieras, que se han venido llevando a cabo, sin que hasta el momento exista una nueva lista de elegibles aprobada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, motivos por los que solicita que se declare improcedencia de la acción constitucional.

Universidad de Medellín. Indicó que en cumplimiento del Contrato N°. 332 de 7 de diciembre de 2016, suscrito con la Comisión Nacional del Servicio Civil, fue la encargada del desarrollo del proceso de selección de personal para la provisión de cargos en el Sistema General de Carrera del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), publicado mediante la Convocatoria N°. 433 de 2016.

En este sentido, aduce que su labor se redujo a la consolidación de la información para la conformación de la lista de elegibles, por lo que considera que se configura la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, en el entendido que no tiene control, competencia ni conocimiento para actuar en la expedición de la lista de elegibles, ni sobre el procedimiento de nombramiento o periodo de prueba, por lo que solicita que se la desvincule de la acción de tutela.

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público guardó silencio.

Informe de los Intervinientes

Ana Marcela Serje Ochoa. Defensora de Familia, nombrada en provisionalidad en el Centro Zonal Valledupar N°. 2 de la Regional Cesar del ICBF, manifestó que la acción de tutela es improcedente y que las reglas de

los concursos son inmodificables; por tanto, no puede ser usada la lista de la Convocatoria N°. 433 de 2016, en la que no se ofertó ninguno de los empleos creados en el Decreto 1479 de 2017.

Dina Margarita Ruiz Martínez. Defensora de Familia, Código 2125, Grado 17, en la Regional Cesar, Centro Zonal Valledupar N°. 2 (nombrada en provisionalidad), solicitó que se declare improcedente la acción de tutela, agrega que el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019 dispone “*La presente Ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias*”, razón por la cual no puede darse aplicación en este caso, y en cuanto a los efectos *inter comunis* indicó que no se puede aplicar a su caso debido a su condición de salud.

Manuel Orlando Mena Zapata. Solicitó que se le acepte como coadyuvante en la presente acción de tutela, por considerar que su caso es semejante al del accionante, debido a que se encuentra en la segunda posición de la lista de elegibles, cargo Profesional Universitario, identificado con OPEC 39458, Código 2044, Grado 11, ubicado en el municipio de Santiago de Cali, Valle del Cauca.

Wilson Alexander Panqueba Cely. Solicitó su vinculación a la presente acción de tutela, argumentando que ocupa el puesto 164 de la Resolución N°. 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, con la cual se proveen 106 vacantes del empleo Código OPEC 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, que adquirió firmeza el 27 de agosto de 2018.

Amparo Moreno Fonseca. Solicitó ser adherida a la presente acción constitucional, para que se amparen sus derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y de acceso a los empleos públicos, en atención a que participó en la Convocatoria N°. 433 de 2016 y ocupó el puesto 161 de la lista de elegibles.

Fallo de primera instancia

Mediante sentencia de 6 de mayo de 2020, el Juzgado Cincuenta y Cinco Administrativo de Bogotá D.C. resolvió la acción interpuesta, en los siguientes términos.

Con fundamento en las pruebas aportadas al expediente, se logró determinar que la lista de elegibles contenida en la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, adquirió firmeza el 27 de agosto de 2018, por lo que está vigente hasta el 27 de agosto de 2020, lo que permite concluir, sin mayores elucubraciones, que la lista se encontraba en firme el 27 de junio de 2019, momento en el que entró en vigencia la Ley 1960 de 2019, por lo que, para el caso en concreto, resulta aplicable el artículo 6 de la norma citada.

En otras palabras, el ICBF al haber creado mediante el Decreto 1479 de 4 de septiembre de 2017 nuevos cargos en su planta de personal, específicamente un total de 328 cargos, con igual denominación de Defensor de Familia, Código y Grado, algunos de estos, en la misma ubicación geográfica que los de la lista de elegibles, de los llamados en la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de 2018, es preciso nombrar en uno de dichos cargos al tutelante.

En cuanto al argumento del ICBF según el cual la norma no puede tener una aplicación inmediata por imposibilidad fáctica, como quiera que implica llevar a cabo una serie de actividades complejas administrativas y financieras, de manera conjunta con la CNSC, que conllevan tiempo y recursos públicos, consideró que no se ha dado cumplimiento a la normativa señalada, incluso no se ha atendido el criterio de unificación de la CNSC del 16 de enero de 2020 lo que, sin dubitación alguna, genera que las entidades accionadas se encuentran vulnerando los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad, al trabajo y de acceso a los cargos públicos del accionante.

En cuanto al amparo constitucional con efecto *inter comunis* indicó que estos efectos son facultativos de la Corte Constitucional en sede de revisión y, en consecuencia, no compete al Juez de instancia, extender los efectos de la presente sentencia.

Sobre las solicitudes de coadyuvancia y de adhesión a la parte demandante, presentadas por Manuel Orlando Mena Zapata, Wilson Alexander Panqueba Cely y la señora Amparo Moreno Fonseca; así como las solicitudes de coadyuvancia en favor de las demandadas, presentadas por las señoras Ana Marcela Serje Ochoa y Dina Margarita Ruíz Martínez, indicó que para considerarlas estas deben tener un interés en las resultas del proceso, en el cual solicitan ser tenidos como tales, buscando una sentencia favorable para el demandante, por un interés vinculado directamente con él, sin embargo, en este caso no se observa la existencia de tal interés.

Finalmente, declaró la falta de legitimación en la causa por pasiva de la Universidad de Medellín y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por cuanto no tienen competencia en las órdenes que se emitirán.

Con fundamento en lo expuesto, resolvió.

“PRIMERO.- TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, trabajo, igualdad y acceso a cargos públicos, del accionante **MANUEL FERNANDO DURÁN GUTIÉRREZ (...)**, por las razones expuestas, en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC y al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF**, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia, realicen todos los trámites administrativos pertinentes, **para que en el caso del accionante** señor **MANUEL FERNANDO DURÁN GUTIÉRREZ**, se dé cumplimiento a lo ordenando en los artículos 6 y 7 de la Ley 1960 de 2019, en consecuencia, utilizar la lista de elegibles de la Resolución N°. CNSC 20182230084005 de 10 de agosto de dos mil dieciocho (2018), la cual adquirió firmeza, el 27 de agosto de 2018; para con ella, proveer uno de los cargos vacantes del empleo identificado

con el código OPEC N°. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, creados por el Decreto 1479 de 2017, en la ciudad de Bogotá, D.C.

TERCERO.- ORDENAR al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, nombrar y posesionar en periodo de prueba, al señor **MANUEL FERNANDO DURÁN GUTIÉRREZ (...)**, en una de las vacantes definitivas del empleo identificado con el código OPEC N°. 34242, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17 del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, que fueron creados en la ampliación de la planta de la entidad por el Decreto 1479 de 2017, en la ciudad de Bogotá, D. C. Ordenar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar - ICBF, que previo a la posesión del señor **MANUEL FERNANDO DURÁN GUTIÉRREZ**, debe verificar que cumpla con todos los requisitos constitucionales y legales para el ejercicio del cargo. Así mismo, ordenar que tanto la **Comisión Nacional del Servicio Civil – CNSC como el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF**, deben respetar en este procedimiento, los derechos de las personas amparadas constitucionalmente, por tener condiciones especialmente protegidas.

CUARTO.- NEGAR las demás pretensiones, de conformidad a la parte motiva de la presente sentencia.

QUINTO.- DECLARAR falta de legitimación en la causa por pasiva de la **Universidad de Medellín y del Ministerio de Hacienda y Crédito Público**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO.- NEGAR las solicitudes de adhesión y coadyuvancia, presentadas por los señores **Manuel Orlando Mena Zapata, Wilson Alexander Panqueba Cely, Amparo Moreno Fonseca, Ana Marcela Serje Ochoa y Dina Margarita Ruíz Martínez**, por lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

Escritos de impugnación

Dina Margarita Ruíz Martínez, solicitó que se revoque el fallo de primera instancia y que, en su lugar, se nieguen las pretensiones, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en su escrito de contestación de la acción de tutela.

Wilson Alexander Panqueba Cely, solicitó que se revoque el fallo de primera instancia bajo el entendido de decretar efectos *inter comunis*.

Mediante escrito de 15 de mayo de 2020, desistió de la impugnación interpuesta.

Comisión Nacional del Servicio Civil, CNSC, solicitó que se revoque el fallo de primera instancia y pidió que, en su lugar, se nieguen las pretensiones, para lo cual reiteró lo expuesto en su escrito de contestación de tutela.

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, solicitó que se revoque el fallo de primera instancia, para lo cual reiteró los argumentos expuestos en la contestación de tutela; además, manifestó que *“se había enviado a la CNSC la solicitud de autorización de uso de esa lista de elegibles. Se resaltó que se trataba de la misma lista de elegibles del accionante, sin que el Despacho avizorara que el ICBF se encuentra a la espera de que esa Comisión autorice el nombramiento tanto del accionante, como de la interviniente, si es que hubiera lugar a ello en estricto orden de mérito. Por lo cual, se configura un hecho superado.”*.

Consideraciones de la Sala

Cuestión previa

Si bien el señor Wilson Alexander Panqueba Cely presentó impugnación de la tutela, desistió de la misma mediante escrito radicado el 15 de mayo de 2020.

Así las cosas, teniendo en consideración lo previsto en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991, se acepta el desistimiento antes referido.

Caso concreto

El actor pretende que de acuerdo con la lista de elegibles, conformada mediante la Resolución CNSC – 20182230084005 del 10 de agosto de

2018, en la que ocupó el puesto 190 del concurso de méritos, sea nombrado y posesionado en el cargo de Defensor de Familia en la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF).

Esta Sala ha considerado la improcedencia de la acción de tutela en el evento de que se cuestionen actos administrativos dictados en el marco de un concurso de méritos, cuando en el mismo se haya elaborado la correspondiente lista de elegibles; por ejemplo, cuando se pone en entredicho la posición obtenida, en la medida en que un estudio de fondo con respecto a los cargos de tutela puede llegar a vulnerar los derechos de quienes la integran y, por ello, el medio más adecuado es el de nulidad y restablecimiento del derecho.

Sin embargo, en el caso *sub lite* el actor no cuestiona una lista de elegibles, ni el orden ni su lugar en la misma; sus pretensiones, así como el fundamento de las mismas, se dirigen a que se ordene su nombramiento en la vacante para la cual se postuló; es decir, la pretensión última del accionante, es que se ejecute la lista de elegibles, a través del nombramiento respectivo en el ICBF.

Desde esta perspectiva, no existe cuestionamiento alguno sobre la procedencia de la presente acción de tutela, por cuanto, en realidad, lo que se pretende proteger en este caso son los derechos constitucionales fundamentales al debido proceso (artículo 29) y de acceso al desempeño de funciones y cargos públicos (artículo 40, numeral 7), que se materializan con la designación que se persigue, motivo por el cual resulta procedente la acción de tutela como medio de control judicial.

En este contexto, la Sala estima del caso hacer un recuento de los siguientes aspectos.

Mediante Resolución CNSC – 20182230084005 del 10 de agosto de 2018 “Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer ciento seis (106) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 34242, denominado Defensor de Familia,

Código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria No. 433 de 2016 - ICBF”, la Comisión Nacional del Servicio Civil (CNSC) resolvió conformar la lista de elegibles en la cual el señor Manuel Fernando Durán Silva, ocupó el puesto 190.

La resolución antes referida cobró firmeza el 27 de agosto de 2018, tal como se observa en la página web de la CNSC¹.

The screenshot displays the 'Consulta BNLE' interface. At the top, it shows the CNSC logo and the system name 'Sistema BNLE'. Below this, there are search filters: 'Convocatoria' set to 'Convocatoria No. 433 de 2016 - Instituto C', and 'Número empleo OPEC' set to '34242'. There are 'Buscar' and 'Limpiar' buttons. A 'Resumen de la búsqueda' section shows search criteria: 'Código: 2125', 'Grado: 17', 'Denominación: Defensor De Familia', and 'Observaciones de la búsqueda: Total encontrados en publicaciones 1'. Below the summary is a table titled 'Actos BNLE' with the following data:

No. Acto Administrativo	Fecha del Acto Administrativo	Fecha de Publicación	Observaciones	Fecha de Firmeza	Fecha de Publicación Firmeza	Fecha de Vencimiento	Descargar Archivo
20182230084005	10/08/18	16/08/18	CONFORMA LE	27/08/18	27/08/18	26/08/20	20182230084005_7574_2018.p

At the bottom of the page, it states 'Derechos reservados CNSC Sistema Banco Nacional de Listas de Elegibles - 2014'.

El accionante señala que si bien la lista de elegibles antes referida, se conformó para la provisión de ciento seis (106) vacantes definitivas, lo cierto es que en la actualidad existen trescientos veintiocho (328) vacantes definitivas, una de las cuales podría ser ocupada por él, tal como lo establece la Ley 1960 de 2019.

La Ley 1960 de 27 de junio de 2019 “Por el cual se modifican la Ley 909 de 2004, el Decreto Ley 1567 de 1998 y se dictan otras disposiciones”, establece:

“ARTÍCULO 6. El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:

“ARTÍCULO 31. El proceso de selección comprende:

1. (...)

¹ <http://gestion.cns.gov.co/BNLElegiblesListas/faces/consultaWebLE.xhtml>

2. (...)
3. (...)

4 Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada por delegación de aquella elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. **Con esta y en estricto orden de méritos se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad.**

ARTÍCULO 7. **La presente Ley rige a partir de su publicación,** modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-Ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias." (Destacado fuera del texto original).

Visto lo anterior, se advierte que conforme a la norma transcrita las vacantes convocadas y las que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma Entidad, serán provistas con la lista de elegibles que se haya conformado, mientras esté vigente.

Si bien podría aducirse que la presente ley rige solo para las convocatorias que se realicen con posterioridad a la fecha de su publicación (27 de junio de 2019), el artículo 7 de la Ley 1960 de 2019 dispone que dicha ley "*rige a partir de su publicación*", sin entrar a distinguir, como pudo haberlo hecho el legislador, a través de una norma de transición, la aplicación diferida de la norma.

En consecuencia, como al intérprete no le es dado distinguir donde el legislador no lo ha hecho (Corte Constitucional, sentencias C-087 de 2000, C-317 de 2012; Corte Suprema de Justicia, sentencia AP 2789-2017 de 3 de mayo de 2017; entre otras), de acuerdo con el referido principio general del derecho, la disposición del artículo 6, numeral 4, de la Ley 1960 de 2019, debe ser aplicada a partir de su entrada en vigencia, 27 de junio de 2019.

Este sentido de interpretación de la ley es consistente con la trascendencia que tiene el principio del mérito en la Constitución de 1991, con el carácter de eje definitorio de la identidad de la Constitución que tiene el sistema de

carrera administrativa² y con la circunstancia de que la aplicación del artículo 6, numeral 4, de la Ley 1960 de 2019, desarrolla ese mismo eje definitorio.

Como la convocatoria a la cual se presentó el accionante fue la 433 de 2016, la lista de elegibles cobró firmeza el 27 de agosto de 2018 y la misma se encuentra vigente hasta el 26 de agosto de 2020; resulta del caso proceder con el nombramiento del actor en el cargo para el cual se presentó dentro de la planta de personal del ICBF, por lo que se confirmará el fallo de primera instancia.

Decisión

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN PRIMERA, SUBSECCIÓN “A”**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- CONFÍRMASE el fallo de tutela proferido el 6 de mayo de 2020 por el Juzgado Cincuenta y Cinco Administrativo de Bogotá D.C.

SEGUNDO.- Notifíquese esta providencia a las partes, en la forma establecida por el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- Envíese copia de esta providencia al Juzgado Cincuenta y Cinco Administrativo de Bogotá D.C.

CUARTO.- Dentro del término legal envíese el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión; una vez regrese y si no hay orden

² Así ha sostenido la Corte Constitucional desde la expedición de la sentencia C-599 de 2009, mediante la cual declaró inexecutable el Acto Legislativo No. 1 de 2008, por medio del cual se reformó el artículo 125 de la Constitución para establecer un procedimiento de inscripción extraordinaria en carrera, de aquellas personas que se encontraban desempeñando sus empleos en provisionalidad.

alguna emitida por esa Corporación, por Secretaría, **DEVUÉLVASE** al juzgado de origen.

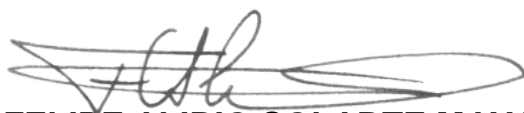
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Aprobada en Sala realizada en la fecha.



LUIS MANUEL LASSO LOZANO
Magistrado

Ausente con incapacidad médica
CLAUDIA ELIZABETH LOZZI MORENO
Magistrada



FELIPE ALIRIO SOLARTE MAYA
Magistrado



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

CONSEJERA PONENTE: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., diecinueve (19) de junio de dos mil veinte (2020)

Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00
Demandante: ROBERTO SALAZAR FERNÁNDEZ
Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL TOLIMA
Referencia: SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

La Sala decide la acción de tutela interpuesta por el señor Roberto Salazar Fernández contra el Tribunal Administrativo del Tolima.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

1.1. Pretensiones

El 5 de mayo de 2019 (fls. 1 a 23, expediente digital -2.), el señor Roberto Salazar Fernández, en nombre propio, interpuso acción de tutela contra el Tribunal Administrativo del Tolima, porque consideró vulnerados los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. Formuló las siguientes pretensiones (fl. 22, expediente digital -2.):

Primera: Se ampare mi derecho fundamental al debido proceso (art. 29 constitucional), al acceso a la administración de justicia (art. 229 constitucional) y el principio de confianza legítima ligado al a buena fe del operador judicial.

Segundo: Que, en concordancia con lo anterior se deje sin efectos el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Tolima, de fecha 14 de abril de 2020 y su aclaración de fecha 21 de abril de 2020, dentro de la acción de tutela No 73001-33-33-005-2020-00058-01.

1.2. Hechos

Los supuestos fácticos de la solicitud de amparo se resumen así:

Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00
 Demandante: Roberto Salazar Fernández
 Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima

Referencia: Sentencia de tutela de primera instancia

El 14 de febrero de 2020, en ejercicio de la acción de tutela, las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán demandaron al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y a la Comisión Nacional del Servicio Civil, con el fin de que se ampararan los derechos fundamentales de acceso a la carrera administrativa por meritocracia, a la igualdad, al trabajo y al debido proceso y, en consecuencia, se resolviera lo siguiente:

Segundo: Se ordenen a la CNSC y al ICBF que, en el término de 48 horas siguientes al fallo de tutela, realicen los trámites administrativos pertinentes para que se dé cumplimiento a lo ordenado en el artículo 6° de la Ley 1960 de 2019 y en consecuencia se autorice y use en estricto orden de mérito, la lista de elegibles que se conformó a través de la Resolución CNSC – 20182230073855 del 18-07-2018, Código OPEC No. 34795, en el cargo de carrera denominado DEFENSOR DE FAMILIA, código 2125, Grado 17, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016, para que nombren en periodo de prueba a los actores, en 3 de las 4 vacantes definitivas que se encuentran provistas en provisionalidad en la ciudad de Ibagué, mediante las resoluciones No. 0773 del 2018 y No. 0907 de 2017.

En el auto admisorio de la tutela, se vinculó como tercero con interés, entre otros, al señor Roberto Salazar Fernández, quien ejerce en provisionalidad uno de los cargos respecto de los cuales se solicitó el nombramiento en propiedad de las entonces accionantes.

El Juzgado Quinto Administrativo Oral de Ibagué, en providencia del 26 de febrero de 2020, negó las pretensiones de la tutela.

La anterior decisión fue objeto de impugnación ante el Tribunal Administrativo del Tolima, el que, en fallo del 14 de abril del año en curso, revocó la sentencia de primera instancia y, en su lugar, le concedió la tutela a las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, por lo que le ordenó al ICBF que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación, le solicitara “a la Comisión Nacional del Servicio Civil –CNSC la autorización del uso de la lista de elegibles y efectúe los trámites administrativos necesarios para nombrar y posesionar en periodo de prueba” a las accionantes, en los cargos vacantes de defensor de Familia, código 2125, grado 17, del Centro Zonal Jordán, Regional Tolima, “conforme a la resolución CNSC – 20182230073855 del 18 de julio de 2018”.

1.3. Argumentos de la tutela

Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00
Demandante: Roberto Salazar Fernández
Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima

Referencia: Sentencia de tutela de primera instancia

El señor Roberto Salazar Fernández considera que, en la providencia del 14 de abril de 2020, el Tribunal Administrativo del Tolima incurrió en defecto fáctico al interpretar erróneamente el artículo 4° de los actos administrativos emitidos por la CNSC en la convocatoria 433 de 2016. A su juicio, si con posterioridad a dicha convocatoria la entidad disponía de otros cargos vacantes, lo que se debía hacer era adelantar un nuevo concurso.

De otra parte, considera el hoy demandante que el despacho accionado incurrió en defecto sustantivo por la *“aplicación inaceptable de la ley 1960 de 2019”*, para lo cual simplemente hizo varias transcripciones, sin hacer referencia al origen de los mismos, ni a su relación con el caso concreto.

En síntesis, del confuso escrito de tutela, infiere la Sala que el señor Salazar Fernández se encuentra inconforme con la providencia del 14 de abril de 2020, dictada por el Tribunal Administrativo del Tolima, pues el cargo que él actualmente ocupa en provisionalidad, no fue ofertado en la Convocatoria 433 de 2016, toda vez que hace parte de 4 vacantes que surgieron con posterioridad a la misma, razón por la cual considera que no se puede hacer uso de la lista de elegibles de la convocatoria en mención para proveer su cargo.

2. Trámite impartido e intervenciones

Mediante auto del 12 de mayo de 2020 (fl. 1 a 3, expediente digital -17.), se admitió la presente acción de tutela y se ordenó que aquel se notificara a las partes y, como terceros con interés, al presidente de la Comisión Nacional del Servicio Civil, a la directora del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, a los señores Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo, Yennifer Gaitán, Andrea del Rocío Arciniegas, Horacio Trillos Pérez, así como a las demás personas que conforman el registro de elegibles para proveer vacantes del empleo de carrera denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, ofertado mediante la convocatoria No. 433 de 2016 del ICBF, código OPEC No. 34795. Asimismo, se ordenó notificar a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

En escrito del 18 de mayo del año en curso, el señor Roberto Salazar Fernández pidió como medida cautelar lo siguiente:

Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00
 Demandante: Roberto Salazar Fernández
 Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima

Referencia: Sentencia de tutela de primera instancia

PRIMERA: Se ordene al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar cancelar el reporte de la OPEC 34795, en el aplicativo Sistema de Apoyo para la Igualdad, el Mérito y la Oportunidad (SIMO).

SEGUNDA: Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la suspensión del uso de la lista de elegibles conformada mediante resolución 20182230073855 del 18 de julio de 2018 de la CNSC con número OPEC 34795, hasta tanto el juez de tutela se pronuncie y se agote todo el procedimiento estatuido en el Decreto 2591 de 1991 en materia de Acción Constitucional, es decir, hasta que se surta la eventual revisión por parte de la Corte Constitucional, y a fin de evitar un perjuicio irremediable del accionante y a su núcleo familiar, solicitamos la suspensión antes referida (...). Lo anterior conforme lo estipula el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991.

(...)

TERCERA: Se ordene a la Comisión Nacional del Servicio Civil, la suspensión del uso de las listas de elegibles conformadas a nivel nacional en virtud de la convocatoria 433, realizando movimientos de personal con incidencia en el asunto que se debate, hasta tanto el juez de tutela se pronuncie y se agote todo el procedimiento estatuido en el Decreto 2591 de 1991 en materia de Acción Constitucional, es decir, hasta que se surta la eventual revisión por parte de la Corte Constitucional, y a fin de evitar un perjuicio irremediable del accionante y a su núcleo familiar, solicitamos la suspensión antes referida.

Mediante auto del 2 de junio de 2020 (fls. 1 a 4, expediente digital 58.), el despacho sustanciador del proceso negó la solicitud de medida provisional.

2.1. La señora Alexis Díaz González (fls. 1 a 53, expediente digital -25.) rindió el informe respectivo y solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela de la referencia, porque no se demostró la vulneración de los derechos fundamentales del accionante.

En relación con el asunto bajo estudio, señaló que en la actualidad existe un acto administrativo cobijado bajo la presunción de legalidad, por lo que es susceptible de control judicial ante la jurisdicción contenciosa administrativa, lo que hace que la tutela interpuesta por el señor Salazar Fernández sea improcedente al no cumplir con el requisito de la subsidiariedad.

2.2. Al igual que el accionante, la señora Andrea del Rocío Arciniegas Forero (fls. 1 a 10, expediente digital -26.) solicitó que se dejara sin efectos jurídicos el fallo del 14 de abril de 2020, al considerar que fue producto de fraude procesal y que no existe otro mecanismo de defensa judicial para amparar sus derechos fundamentales.

*Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00
Demandante: Roberto Salazar Fernández
Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima*

Referencia: Sentencia de tutela de primera instancia

Lo anterior, toda vez que la señora Arciniegas Forero también ocupaba el mismo cargo en provisionalidad y el ICBF terminó su nombramiento para posesionar a la señora Martha Cecilia Arroyo, con ocasión del fallo de tutela que hoy se ataca.

2.3. El señor Andrés Felipe Pérez Granobles (fls. 1 y 2, expediente digital -27.) se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas en la acción de la referencia, pues, en su criterio, carece de fundamento legal. Agregó que el fallo de tutela atacado dio aplicación y cumplimiento a las normas que rigen la carrera administrativa en el país, sin que se evidencie la configuración de los defectos alegados por el señor Salazar Fernández.

2.4. La Comisión Nacional del Servicio Civil (fls. 1 a 4, expediente digital -28.) solicitó que se negaran las pretensiones de la tutela, por no haberse acreditado el desconocimiento ni la violación de los derechos fundamentales invocados por el accionante.

Señaló que el señor Roberto Salazar Fernández también concursó en la convocatoria 433 de 2016, para el empleo con código OPEC No. 34795, denominado Profesional Universitario, código 2125, grado 17, y que ocupó la posición n° 39 en la lista de elegibles, por lo que se evidencia que, ante la falta de mérito, pretende, por vía de tutela, conservar un cargo que había ejercido en provisionalidad, sin tener en cuenta que el mismo se debe proveer en carrera administrativa.

Expuso que la CNSC, consecuente con la Ley 1960 de 2019, expidió el Criterio Unificado para establecer el lineamiento mediante el cual aplica el uso de listas de elegibles para proveer cargos vacantes, creados después de convocar al concurso de méritos y que correspondan a mismos empleos a los convocados, en denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes, razón por la cual la petición del señor Salazar Fernández carece de fundamento.

2.5. El ICBF (fls. 1 a 9, expediente digital -29.) rindió el informe respectivo y manifestó que la tutela interpuesta por el señor Salazar Fernández es improcedente, porque busca dejar sin efectos una orden judicial impartida en otro fallo de tutela, sin que se configure ninguna de las excepciones expuestas por la Corte

*Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00
Demandante: Roberto Salazar Fernández
Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima*

Referencia: Sentencia de tutela de primera instancia

Constitucional para su procedencia.

Adujo que la terminación del nombramiento provisional del accionante obedeció a la concurrencia de una causal objetiva, como lo es el nombramiento en período de prueba de la persona que, a partir del mérito, superó todas las etapas del Concurso de Méritos de la Convocatoria 433 de 2016, y también, de manera indirecta, coincidió con el cumplimiento de una sentencia judicial, por medio de la cual se ordenó el nombramiento de otras personas que se encontraban en la lista de elegibles que fue utilizada para proveer los empleos equivalentes, dentro de los cuales se encontraba el desempeñado por el señor Salazar Fernández, sin que se evidencie la vulneración de sus derechos fundamentales.

2.6. El señor Manuel Orlando Mena Zapata (fls. 1 a 27, expediente digital -31.), como tercero con interés al haber participado en la Convocatoria ICBF 433 de 2016, realizó un resumen normativo del caso y solicitó que se negaran las pretensiones de la tutela y que esta Corporación se pronunciara de fondo sobre la relación de la Ley 1960 de 2019 y los criterios unificados expedidos por la CNSC el 1° de agosto de 2019 y 16 de enero de 2020, para así establecer el uso de las listas de elegibles vigentes en vacantes creadas con posterioridad.

2.7. La señora María Camila Arroyave Arias (fls. 1 a 8, expediente digital -32.) solicitó que se declarara la improcedencia de la acción de tutela, por no cumplir con los requisitos establecidos por la reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Expuso que, en el caso concreto, no se agotaron los medios de defensa judicial, pues, a la fecha, no se ha establecido si procede o no la revisión de la tutela atacada ante la Corte Constitucional; tampoco se demostró de manera clara y suficiente que la decisión adoptada en la sentencia hubiera sido producto de una situación de fraude y, finalmente, no se evidenció la vulneración de los derechos fundamentales alegados por el accionante.

2.8. La señora Yennifer Ruiz Gaitán (fls. 1 a 29, expediente digital -33.), en su informe, solicitó no dar continuidad al trámite de la tutela de la referencia, por cuanto no reúne los requisitos especiales de procedibilidad exigidos para cuestionar otra acción de la misma naturaleza. Agregó lo siguiente:

Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00
 Demandante: Roberto Salazar Fernández
 Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima

Referencia: Sentencia de tutela de primera instancia

Acceder a la vinculación en la función pública en carrera administrativa requiere de a travesar (sic) un proceso estricto de selección, de tal magnitud que se convierte en un derecho digno de ser amparado constitucionalmente, para lo cual incluso el señor Roberto Salazar Fernández concursó y se encuentra en la misma lista de elegible conformada mediante Resolución 20182230073855 en turnos subsiguientes al nuestro, no obstante, al no existir en este momento vacantes suficientes con las que pueda ser nombrado, el señor busca argumentos legales y jurisprudenciales que han perecido por el cambio de legislación y se aferra a ellos a sabiendas de que de encontrarse en mejor posición dentro de la lista, hubiese acudido a solicitar el mismo amparo que solicitamos las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y la suscrita Yennifer Ruiz Gaitán, para el reconocimiento de nuestros derechos a ser vinculadas en Carrera Administrativa.

2.9. Los señores Carlos Andrés Vega Mendoza (fls. 1 a 17, expediente digital -34.) y Lauren Vanessa Martínez Pezzano (fls. 1 a 16, expediente digital -35.) presentaron un informe para coadyuvar la solicitud de amparo del señor Salazar Fernández, en el que manifestaron que también ejercen en provisionalidad cargos de defensor de familia del ICBF y que en la decisión atacada se configuró la cosa juzgada fraudulenta, contradiciendo el precedente establecido por la Corte Constitucional en sentencia SU-446 de 2011.

2.10. El Tribunal Administrativo del Tolima pidió que se negaran las pretensiones de la demanda, para lo cual señaló que el accionante pretende usar la tutela como una tercera instancia, sin que se hubieran configurado los defectos alegados por la parte actora, toda vez que la decisión judicial demandada fue proferida con base en las pruebas aportadas al proceso y las normas aplicables al caso concreto.

II. CONSIDERACIONES

1. Cuestión previa

Los señores Andrea del Rocío Arciniegas Forero, Carlos Andrés Vega Mendoza y Lauren Vanessa Martínez Pezzano presentaron escrito en el que indicaron que coadyuvaban las pretensiones de la acción de tutela presentada por el señor Roberto Salazar Fernández.

Sobre la coadyuvancia en la acción de tutela, se resalta que está expresamente prevista en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991, que establece que las personas que tengan interés legítimo en el resultado del proceso también pueden intervenir para coadyuvar u oponerse a las pretensiones de la demanda.

*Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00
Demandante: Roberto Salazar Fernández
Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima*

Referencia: Sentencia de tutela de primera instancia

Así mismo, el artículo 71 del Código General del Proceso, aplicable al trámite de la acción de tutela por remisión del artículo 4 del decreto 306 de 1992, prevé que las personas que tengan relación sustancial con una de las partes del proceso pueden intervenir como coadyuvantes mientras no se haya dictado sentencia de segunda instancia.

Bajo este contexto, de conformidad con los artículos 13 del Decreto 2591 de 1991 y 71 del Código General del Proceso, la Sala reconoce como coadyuvantes de la parte actora a los señores Andrea del Rocío Arciniegas Forero, Carlos Andrés Vega Mendoza y Lauren Vanessa Martínez Pezzano, ya que probaron tener interés en la resolución del presente asunto y apoyan las pretensiones de la demanda, lo que resulta legítimo pues, al igual que el accionante, ocupan en provisionalidad un cargo de carrera que puede ser provisto por las listas de elegibles que se encuentran vigentes.

2. La acción de tutela contra providencias judiciales

La acción de tutela es un mecanismo judicial cuyo objeto es la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular, en el último caso, cuando así lo permita expresamente la ley.

La tutela procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En todo caso, el otro mecanismo de defensa debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez de tutela deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado, siempre que esté acreditada la razón para conferir la tutela.

En principio, la Sala Plena de esta Corporación consideraba que la acción de tutela era improcedente contra las providencias judiciales; sin embargo, a partir del año 2012¹, cambió su postura, de conformidad con las reglas que ha fijado la Corte Constitucional, en el sentido de estudiarlas cuando exista violación flagrante de algún derecho fundamental.

¹ Sentencia del 31 de julio de 2012, expediente No. 2009-01328-01(IJ), M.P. María Elizabeth García González.

*Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00
Demandante: Roberto Salazar Fernández
Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima*

Referencia: Sentencia de tutela de primera instancia

Con todo, la tutela no puede convertirse en la instancia adicional de los procesos judiciales, pues los principios de seguridad jurídica y de coherencia del ordenamiento jurídico no permiten la revisión permanente y a perpetuidad de los mismos.

Entonces, para aceptar la procedencia de esta acción constitucional contra providencias judiciales, el juez de tutela debe verificar el cumplimiento de los requisitos generales y específicos que fijó la Corte Constitucional, en la sentencia C-590 de 2005.

Según la Corte, los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales son: (i) que el actor indique los hechos y las razones en que se fundamenta la acción; (ii) que el accionante hubiera utilizado todos los mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios a su alcance para la protección de sus derechos fundamentales (subsidiariedad); (iii) que la acción se hubiera interpuesto en un término prudencial (inmediatez); (iv) que el asunto sea de evidente relevancia constitucional y (v) que no se trate de una decisión proferida en sede de tutela.

En relación con este último requisito general, cabe anotar que la Corte Constitucional, en sentencia SU-627 de 2015, estableció que la acción de tutela contra decisiones proferidas en sede de tutela procede en dos eventos excepcionales.

El primero de ellos se presenta cuando la solicitud de amparo está dirigida contra actuaciones del proceso ocurridas antes de la sentencia, consistentes, por ejemplo, en la omisión del deber del juez de informar, notificar o vincular a terceros que podrían verse afectados con la decisión. El segundo, por su parte, acaece cuando con la acción de tutela se busca proteger un derecho fundamental que habría sido vulnerado en el trámite del incidente de desacato.

Una vez la acción de tutela supere el estudio de las causales anteriores, llamadas genéricas, el juez puede conceder la protección siempre que advierta la presencia de alguno de los siguientes defectos o vicios de fondo: (i) defecto sustantivo, (ii) defecto fáctico, (iii) defecto procedimental absoluto, (iv) defecto orgánico, (v) error inducido, (vi) decisión sin motivación, (vii) desconocimiento del precedente y (viii)

Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00
 Demandante: Roberto Salazar Fernández
 Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima

Referencia: Sentencia de tutela de primera instancia

violación directa de la Constitución. La Corte Constitucional describió tales causales, así:

- a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.*
- b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.*
- c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.*
- d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.*
- e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.*
- f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.*
- g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.*
- h. Violación directa de la Constitución.*

Conviene decir, además, que al demandante le corresponde identificar y sustentar la causal específica de procedibilidad y exponer las razones que sustentan la violación de los derechos fundamentales. Para el efecto, no basta con manifestar inconformidad o desacuerdo con las decisiones tomadas por los jueces de instancia, sino que es necesario que el interesado demuestre que la providencia cuestionada ha incurrido en alguna de las causales específicas para la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. De lo contrario, la tutela carecería de relevancia constitucional.

Justamente, las causales específicas que ha decantado la Corte Constitucional (y que han venido aplicando la mayoría de las autoridades judiciales) buscan que la tutela no se convierta en una instancia adicional para que las partes reabran discusiones que son propias de los procesos judiciales ordinarios o expongan los argumentos que dejaron de proponer oportunamente.

Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00
 Demandante: Roberto Salazar Fernández
 Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima

Referencia: Sentencia de tutela de primera instancia

Por último, cabe anotar que, en recientes pronunciamientos², la Corte Constitucional ha restringido aún más la posibilidad de cuestionar, por vía de tutela, las providencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. En ese sentido, la Corte señaló que, además del cumplimiento de los requisitos generales y la configuración de una de las causales específicas antes mencionados, la acción de tutela contra providencias proferidas por los denominados órganos de cierre, *«sólo tiene cabida cuando una decisión riñe de manera abierta con la Constitución y es definitivamente incompatible con la jurisprudencia trazada por la Corte Constitucional al definir el alcance y límites de los derechos fundamentales o cuando ejerce el control abstracto de constitucionalidad, esto es, cuando se configura una anomalía de tal entidad que exige la imperiosa intervención del juez constitucional»*.

3. Problema jurídico

En primer lugar, corresponde a la Sala determinar si la presente solicitud de amparo cumple los requisitos generales establecidos por la Corte Constitucional para este tipo de casos y, en particular, si se aviene a las pautas fijadas en la sentencia SU-627 de 2015 para la procedencia excepcionalísima de la tutela contra actuaciones o decisiones adelantadas o proferidas, según el caso, dentro del trámite de otra acción de tutela. De ser así, esto es, si se cumplen los requisitos generales, deberá abordarse el estudio de fondo del asunto, con el fin de establecer si el despacho judicial accionado vulneró los derechos fundamentales invocados por el señor Roberto Salazar Fernández.

3.1. Procedencia excepcional de la tutela contra tutela

Como ya se expuso, la Corte Constitucional, en la sentencia SU-627 del 1º de octubre 2015, unificó el criterio en relación con la procedencia excepcional de la acción de tutela contra sentencias o actuaciones adelantadas en una acción de tutela. Al respecto, dijo lo siguiente:

4.6.1. Para establecer la procedencia de la acción de tutela, cuando se trata de un proceso de tutela, se debe comenzar por distinguir si ésta se dirige contra la sentencia proferida dentro de él o contra una actuación previa o posterior a ella.

² Ver, entre otras, las sentencias SU-917 de 2010 y SU-573 de 2017.

Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00
 Demandante: Roberto Salazar Fernández
 Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima

Referencia: Sentencia de tutela de primera instancia

4.6.2. Si la acción de tutela se dirige contra la sentencia de tutela, la regla es la de que no procede.

4.6.2.1. Esta regla no admite ninguna excepción cuando la sentencia ha sido proferida por la Corte Constitucional, sea por su Sala Plena o sea por sus Salas de Revisión de Tutela. En este evento solo procede el incidente de nulidad de dichas sentencias, que debe promoverse ante la Corte Constitucional.

4.6.2.2. Si la sentencia de tutela ha sido proferida por otro juez o tribunal de la República, la acción de tutela puede proceder de manera excepcional, cuando exista fraude y por tanto, se esté ante el fenómeno de la cosa juzgada fraudulenta, siempre y cuando, además de cumplir con los requisitos genéricos de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales, (i) la acción de tutela presentada no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada; (ii) se demuestre de manera clara y suficiente, que la decisión adoptada en la sentencia de tutela fue producto de una situación de fraude (*Fraus omnia corrumpit*); y (iii) no exista otro medio, ordinario o extraordinario, eficaz para resolver la situación.

4.6.3. Si la acción se (sic) de tutela se dirige contra actuaciones del proceso de tutela diferentes a la sentencia, se debe distinguir si éstas acaecieron con anterioridad o con posterioridad a la sentencia.

4.6.3.1. Si la actuación acaece con anterioridad a la sentencia y consiste en la omisión del juez de cumplir con su deber de informar, notificar o vincular a los terceros que serían afectados por la demanda de tutela, y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela, la acción de tutela sí procede, incluso si la Corte Constitucional no ha seleccionado el asunto para su revisión.

4.6.3.2. Si la actuación acaece con posterioridad a la sentencia y se trata de lograr el cumplimiento de las órdenes impartidas en dicha sentencia, la acción de tutela no procede. Pero si se trata de obtener la protección de un derecho fundamental que habría sido vulnerado en el trámite del incidente de desacato, y se cumplen los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, la acción de tutela puede proceder de manera excepcional.

De conformidad con lo anterior, son tres las excepciones planteadas por la Corte Constitucional, para que proceda la acción de tutela contra sentencias o actuaciones adelantadas en otros procesos de tutela:

- a. Contra la sentencia de tutela proferida por un juez, diferente a la Corte Constitucional, siempre y cuando se demuestre que la nueva tutela no comparta identidad procesal con la solicitud de amparo cuestionada, que la decisión adoptada fue producto de una situación de fraude, y que no exista otro medio eficaz, ordinario o extraordinario, para resolver la situación.
- b. Contra actuaciones del proceso de tutela anteriores a la sentencia, que pueden consistir, entre otras, en no haber informado, notificado o vinculado a los terceros que serían afectados con la decisión.

Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00
 Demandante: Roberto Salazar Fernández
 Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima

Referencia: Sentencia de tutela de primera instancia

c. Contra actuaciones posteriores a la sentencia de tutela, cuando se trate de proteger un derecho fundamental que habría sido vulnerado en el trámite del incidente de desacato.

Sin embargo, para la Corte, en cualquiera de los anteriores escenarios, sigue siendo exigible el cumplimiento de los demás requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, como lo son el de la relevancia constitucional.

3.2. De la relevancia constitucional

En sentencia del 5 de agosto de 2014³, la Sala Plena de esta Corporación señaló que el requisito de la relevancia constitucional tiene como finalidad (i) proteger la autonomía e independencia judicial y (ii) evitar que el juez de tutela se inmiscuya en asuntos que le corresponde resolver a otras jurisdicciones. De ahí que, para determinar si una solicitud de amparo de tutela tiene o no relevancia constitucional, es necesario examinar dos elementos.

El primero de ellos consiste en que el actor cumpla su carga argumentativa, esto es, que justifique suficientemente la relevancia constitucional por vulneración de derechos fundamentales. Debe tenerse en cuenta que para ello “[n]o basta, entonces, aducir la vulneración de derechos fundamentales para cumplir este requisito de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales”.

El segundo hace referencia que la acción de tutela no se erija en una instancia adicional al proceso ordinario en el cual fue proferida la providencia acusada, toda vez que este valioso mecanismo de estirpe constitucional fue creado para proteger derechos fundamentales y no para que las partes de un proceso judicial ventilen sus discrepancias con las providencias que allí se dicten.

Ciertamente, la tutela no puede convertirse en la instancia adicional de los procesos judiciales, pues los principios de seguridad jurídica y de coherencia del ordenamiento jurídico no permiten la revisión permanente y a perpetuidad de las decisiones de los jueces y, por tanto, no puede admitirse, sin mayores excepciones, la procedencia de la tutela contra providencias judiciales

³ Expediente número: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ), M.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

*Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00
 Demandante: Roberto Salazar Fernández
 Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima*

Referencia: Sentencia de tutela de primera instancia

4. Caso concreto y solución del problema jurídico

En el caso bajo estudio, el señor Roberto Salazar Fernández alegó que, en la providencia del 14 de abril de 2020, el Tribunal Administrativo del Tolima incurrió en defecto fáctico y sustantivo al permitir el uso de la lista de elegibles, que se conformó como resultado de la Convocatoria 433 de 2016, a fin de proveer cargos que surgieron con posterioridad a la misma.

Ahora, si bien se pueden cuestionar decisiones proferidas en otra tutela, en el presente caso la solicitud de amparo carece de relevancia constitucional, porque se está ejerciendo para convertir este valioso mecanismo de protección de los derechos fundamentales en una instancia adicional al proceso de tutela promovido por las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, en el cual el hoy demandante estuvo vinculado como tercero interesado desde el auto admisorio y tuvo la oportunidad de intervenir.

De la simple comparación entre los argumentos esgrimidos en la intervención del señor Salazar Fernández en el otro proceso de tutela y los propuestos en la demanda de la referencia, se evidencia que los vicios en que supuestamente incurrió la autoridad judicial demandada, fueron invocados para continuar con el debate jurídico que ya fue decidido.

En efecto, en ambas instancias surtidas en la acción de tutela presentada por las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, el juez constitucional resumió la contestación de los señores Roberto Salazar Fernández y Andrea del Rocío Arciniegas Forero, así:

Se opusieron a todas y cada una de las pretensiones señalando que los cargos provistos en provisionalidad, no fueron objeto de la convocatoria No. 433 de 2016, y que conforme al principio de vigencia normativa no le es aplicable a la convocatoria en mención la ley 1960 de 2019, dado que la convocatoria es de 2016, la lista quedó en firme el julio de 2018 y la vigencia de la norma se da a partir del año 2019.

Expresan que la acción de tutela es improcedente para discutir la controversia planteada por los accionantes como quiera que existe un mecanismo principal para suscitar su controversia ante la jurisdicción contenciosa administrativa, máxime cuando no se logra comprobar un peligro inminente e irremediable causado cuando la accionante Yennifer Ruiz Gaitán, a la fecha ostenta el cargo de Defensora de Familia, código 2125, grado 17 del ICBF regional Tolima.

Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00
 Demandante: Roberto Salazar Fernández
 Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima

Referencia: Sentencia de tutela de primera instancia

Esos argumentos fueron resueltos razonablemente tanto por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Ibagué como por el Tribunal Administrativo del Tolima, el que, mediante providencia del 14 de abril de 2020 (fls. 1 a 17, expediente digital -8.), expuso lo siguiente:

La Corte Constitucional en numerosas oportunidades ha sentado jurisprudencia en el sentido de que “las listas de elegibles que se conforman a partir de los puntajes asignados con ocasión de haber superado con éxito las diferentes etapas del concurso, son inmodificables una vez han sido publicadas y se encuentran en firme”⁵. De igual manera se ha establecido pacíficamente que las bases del concurso se convierten en reglas particulares de obligatorio cumplimiento tanto para los participantes como para la entidad convocante, razón por la cual deben ser respetadas y resultan inmodificables y cambiar las reglas que han generado confianza legítima en quienes participan, conduciría a la ruptura del principio de la buena fe y atentaría contra la igualdad, la moralidad, la eficacia y la imparcialidad, todos ellos principios que ineludiblemente rigen la actividad administrativa.

Por otra parte, es posible que el legislador o la misma entidad convocante, permita hacer uso del registro de elegibles para proveer cargos diversos a los que fueron ofertados cuando sean de la misma naturaleza, perfil y denominación de aquellos. Así lo ha entendido la Corte constitucional en distintos fallos, el primero de ellos fue la sentencia C-319 de 2010, en el marco del estudio de constitucionalidad del artículo 145 de la Ley 201 de 1995, una norma especial que el legislador, en ejercicio de su libertad de configuración, creó para la Defensoría del Pueblo, en el que establecía la posibilidad de utilizar la lista de elegibles para proveer vacantes de grado igual o inferior, correspondientes a la misma denominación. En esta oportunidad, la Corte resolvió declarar exequible la norma demanda entendiendo que una interpretación conforme con la Constitución apuntaba a que cuando se tratara de proveer una vacante de grado igual, que tuviera la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador.

En esta providencia, la Corte Constitucional, acogió el criterio según el cual, las listas de elegibles, mientras estén vigentes, pueden ser extendidas o utilizadas para proveer empleos adicionales a los originalmente ofertados, siempre y cuando sean iguales a los inicialmente sacados a concurso. Ello porque (i) de acuerdo con el artículo 125 de la Constitución, la regla general es que los empleos públicos son de carrera y deben ser provistos a través de concursos públicos que permitan comprobar, verificar y medir el mérito; y (ii) en virtud de la aplicación de criterios de razonabilidad, eficiencia y economía en el gasto público, de tal manera que se le dé el mayor uso posible a la lista de elegibles mientras esté vigente.

En otra ocasión, la Corte marcó un precedente jurisprudencial mediante la sentencia SU-446 de 2011, en la cual adopta una posición claramente distinta al estudiar la utilización de las listas de elegibles en el sistema de carrera de la Fiscalía General de la Nación, producto de las múltiples tutelas que se habían interpuesto por la utilización de las listas que se generaron con los concursos realizados en el año 2007 por dicha entidad. En esta providencia sostuvo que “el registro de elegibles debe ser utilizado únicamente para llenar exclusivamente las vacantes señaladas en la respectiva convocatoria” (...) “teniendo en cuenta que las pautas o reglas de los concursos públicos para el acceso a la carrera son inmodificables y que a la Administración no le es dado hacer ninguna variación de ellas porque se lesionarían los derechos y principios propios del Estado Social de Derecho que nos rige”.

Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00
 Demandante: Roberto Salazar Fernández
 Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima

Referencia: Sentencia de tutela de primera instancia

No obstante lo anterior, aclaró que dicha sentencia en nada contradecía a la sentencia C-319 de 2010, pues tanto el Legislador cuando regula uno de los regímenes de carrera especial, o la «entidad convocante», pueden disponer la posibilidad de que la lista de elegibles sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente ofertados en el concurso de méritos, siempre que estos sean de la misma naturaleza, perfil y denominación que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria [...].

De acuerdo con lo expuesto, la Corte Constitucional acepta que la «entidad convocante» pueda disponer la posibilidad de que la lista o registro definitivo de elegibles, sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente de oferta en el concurso de méritos, siempre que dicha regla sea prevista en las reglas del concurso, es decir, en las bases de la convocatoria, y que estos nuevos empleos sean de la misma denominación, naturaleza y perfil que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria.

El Consejo de Estado también se ha ocupado de estudiar la legalidad de la regla que habilita el uso de la lista de elegibles para proveer cargos que no fueron ofertados en la convocatoria a concurso, siempre que sean equivalentes o similares [...].

Así las cosas, tanto la Corte Constitucional como el Consejo de Estado, señalaron, que la «entidad convocante» pueda disponer la posibilidad de que la lista o registro definitivo de elegibles, sea utilizada para proveer cargos que no hayan sido objeto inicialmente de oferta en el concurso de méritos, siempre que: (i) dicha regla sea prevista en las reglas del concurso, es decir, en las bases de la convocatoria, y (ii) que estos nuevos empleos sean de la misma denominación, naturaleza y perfil que los que fueron expresamente contemplados en la convocatoria [...].

Dentro de la convocatoria 433 de 2016, las actoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, se presentaron al empleo con código OPEC no. 34795, denominado Defensor de Familia, código 2125, grado 17, toda vez que en la convocatoria Nro. 433 de 2016 – ICBF solo se ofertaron 23 vacantes para dicho empleo, las cuales fueron debidamente ocupadas, y las cuatro vacantes existentes surgieron con posterioridad.

De conformidad con las premisas expuestas en la parte considerativa, la sala encuentra que las pautas de la convocatoria son inmodificables tal como ha sido reiterado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el Consejo de Estado.

Así mismo, dichas pautas obligan tanto a la entidad que convoca como a quienes participan sin que pueda ser modificado, porque de lo, como se observó con anterioridad, se estaría violando la confianza legítima y el principio de buena fe de quienes participaron. No puede ser atendible, como ocurre en el caso concreto, que se modifiquen circunstancias que afectan el derecho de quienes participaron en la convocatoria aspirando a la posibilidad por una parte de ocupar la vacante para la cual concursaron o por otra de optar por un empleo equivalente. Cercenar una de las posibilidades que existía implica un cambio sustancial en las normas de la convocatoria que afectan indudablemente a quienes tenían la confianza legítima de hacer parte de la carrera administrativa a través del concurso de méritos.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que aunque la redacción original del numeral 4° del artículo 31 de la ley 909 del 23 de septiembre de 2004 dictó que con la lista de elegibles “se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso”, la ley 1960 del 27 de junio de 2019, modificó tal artículo, según el

Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00
 Demandante: Roberto Salazar Fernández
 Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima

Referencia: Sentencia de tutela de primera instancia

cual con la lista de elegibles “se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria de concurso en la misma entidad”.

Resulta, entonces, evidente que ha operado un tránsito de legislación en cuya virtud, compete la sala evaluar si se dan los presupuestos para que la Ley 1960 de 2019 sea aplicable a Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán o si, por el contrario, debe seguirse con la Ley 909 de 2004 sin modificaciones.

Respecto a esto, es claro que, por regla general, las normas rigen hacia el futuro una vez son divulgadas, y excepcionalmente regirán ultractiva o retroactivamente, pero adicionalmente se ha aceptado otra modalidad de aplicación temporal de las normas denominada retrospectividad, que a las luces de la sentencia T-564 de 2015 consiste en:

“...la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva.

En este sentido, ha sido unánimemente aceptado por la jurisprudencia de todas las Altas Cortes que si bien en principio las normas jurídicas solo tienen aplicabilidad a situaciones que tuvieron lugar con posterioridad a su vigencia, ello no presenta impedimento alguno para que, en los casos en los que la situación jurídica no se ha consolidado o sus efectos siguen surtiéndose, una nueva norma pueda entrar a regular y a modificar situaciones surtidas con anterioridad a su vigencia.”

Como consecuencia de lo anterior, siendo la generalidad de las leyes que surjan efectos ex nunc, una norma posterior podrá regular situaciones anteriores siempre y cuando sean meras expectativas y no situaciones jurídicas consolidadas, como quiera que de estas últimas se entenderán finiquitadas sus consecuencias bajo la ley antigua.

Bajo esta premisa de que los aspirantes que figuran en una lista de elegibles cuentan con una mera expectativa salvo aquél que ocupe el primer lugar, único de quien se predica un derecho adquirido, y teniendo de presente que el nominador no cuenta con una facultad sino con un deber al momento de recurrir a la lista de elegibles, a efectos de proveer un cargo de grado y denominación iguales para el cual se abrió originalmente el concurso de méritos, la sala encuentra que es dable aplicar retrospectivamente la Ley 1960 de 2019 a las accionantes, puesto que su situación no se encuentra consolidada dentro de la Convocatoria 433 de 2016.

En resumen, considera la Sala que pretender modificar las reglas que regían la convocatoria, o hacer oponible el cambio normativo dado con el Decreto 1894 de 2012 a las señoras Alexis Díaz González, María Cecilia Arroyo y Yennifer Ruiz Gaitán, en aplicación del cual se revocó el artículo 4° de la resolución Nro. CNSC – 20182230073855 del 18 de julio de 2018, viola el debido proceso, que en el caso concreto deriva en una vulneración al derecho al acceso a cargos públicos y lesiona el derecho al trabajo de quien se ve privado del acceso a un empleo o función pública a pesar de la existencia de unas reglas que permitían el uso de listas de elegibles para proveer vacantes definitivas ofertadas por la convocatoria y que generaron la confianza legítima en la administración.

Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00
Demandante: Roberto Salazar Fernández
Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima

Referencia: Sentencia de tutela de primera instancia

En la medida que el mérito debe ser el criterio predominante para seleccionar a quienes deben ocupar los cargos al servicio del Estado, y la jurisprudencia de la corte ha entendido que una interpretación ajustada a la Constitución apunta a que cuando se trate de proveer una vacante de grado igual, que tenga la misma denominación, el uso de la lista de elegibles es un deber y no una facultad del nominador, la administración deberá solicitar la respectiva autorización para el uso de las listas de elegibles para los empleos con vacancia definitiva.

Visto lo anterior, es claro que la presente solicitud de amparo deviene en improcedente, justamente porque busca revivir la discusión del proceso de tutela que ahora se cuestiona, concerniente a la viabilidad del uso de la lista de elegibles que se conformó luego de haberse concluido todas las etapas de la Convocatoria 433 de 2016, a fin de proveer unas vacantes de iguales características a las del cargo denominado defensor de familia, código 2125, grado 17, lo cual fue estudiado y resuelto razonablemente por el Tribunal Administrativo del Tolima en la providencia atacada, decisión que se fundó no solo en la ley y la jurisprudencia, sino en el mérito como postulado constitucional de indispensable aplicación en casos relacionados con el acceso a la carrera administrativa.

En conclusión, la solicitud de amparo presentada por el señor Roberto Salazar Fernández, y coadyuvada por los señores Andrea del Rocío Arciniegas Forero, Carlos Andrés Vega Mendoza y Lauren Vanessa Martínez Pezzano, no cumple con el requisito general de procedibilidad de la relevancia constitucional, porque se está ejerciendo con el claro propósito de provocar una tercera instancia que no existe en los procesos de tutela. Por tanto, se declarará improcedente.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO. Declarar improcedente la acción de tutela promovida por el señor Roberto Salazar Fernández contra el Tribunal Administrativo del Tolima.

SEGUNDO. Notifíquese a las partes y a los interesados por el medio más expedito y eficaz.

Radicación: 11001-03-15-000-2020-01727-00
Demandante: Roberto Salazar Fernández
Demandado: Tribunal Administrativo del Tolima

Referencia: Sentencia de tutela de primera instancia

TERCERO. Si no se impugna, **envíese** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CUARTO. Se deja constancia de que esta providencia se firma en forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el siguiente enlace:

<http://relatoria.consejodeestado.gov.co:8081/Vistas/documentos/validador>.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARÍA ADRIANA MARÍN

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
SALA CUARTA DE DECISIÓN LABORAL

REF. IMPUGNACIÓN (ACCIÓN DE TUTELA)
ACCIONANTE: CARMENZA MESA MUÑOZ
ACCIONADOS: COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC e INSTITUTO
COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF

RAD. 760013105 006 2020 00149 02

AUDIENCIA NÚMERO 135 C-19

En Cali, a los veintitrés (23) días del mes de junio del año dos mil veinte (2020), la Magistrada **MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO**, se constituyó en audiencia virtual (*bajo las condiciones de aislamiento obligatorio o cuarentena dispuesta por el D.L. 749 del 28-05-2020*) y, en consenso con los magistrados LUIS GABRIEL MORENO LOVERA y CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ, con quienes integra la Sala Cuarta de Decisión, procediendo a proferir la siguiente,

SENTENCIA NÚMERO No. 122 C-19

La señora **CARMENZA MESA MUÑOZ**, actuando en nombre propio, promovió querrela constitucional en contra de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC y del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, a fin de que se le protejan sus derechos fundamentales de petición, igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos, los cuales considera están siendo vulnerados al no obtener una respuesta de fondo a los derechos de petición donde solicita se dé cumplimiento a los artículos 6º y 7º de la Ley 1960 de 2019, así como del criterio unificado “*uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019*” proferido el 16 de enero de 2020 por la Sala Plena de la CNSC.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

Señaló la accionante que, la CNSC mediante Acuerdo No 20161000001376 del 05-09-2016, convocó a concurso de méritos para proveer los empleos vacantes pertenecientes al Sistema de Carrera Administrativa de la planta de personal del ICBF -Convocatoria No 433 de 2016-, la que tiene como fundamento el artículo 31º de la Ley 909 de 2004, y a la que se inscribió para optar por una

vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39529, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, ubicada en la ciudad de Ibagué – (Tolima).

Que posterior a la publicación del citado acuerdo, el Gobierno Nacional por intermedio del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social expidió el Decreto 1479 de 2017 *“Por el cual se suprime la planta de personal de carácter temporal y se modifica la planta de personal de carácter permanente del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar “Cecilia de la Fuente de Lleras” y se dictan otras disposiciones.”*, creando como cargo permanente, el de Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11.

Agrega que, en virtud del artículo 4° del Decreto 1479 de 2017, el ICBF expidió la Resolución 7746 del 05 de septiembre de 2017, donde se distribuyen 3.737 cargos en la planta global del ICBF, incluidos los de Profesional Universitario Código 2044, Grado 11, así: Cundinamarca 1, Dirección General 9, aclarando que las vacantes creadas en virtud del citado decreto, no fueron parte de las vacantes ofertadas por el Acuerdo No 20161000001376 del 05-09-2016, en razón a que, en esa fecha la convocatoria se regía por la Ley 909 de 2004.

Que una vez aprobó las etapas de convocatoria, inscripciones, verificación de requisitos mínimos y aplicación de pruebas, la CNSC publicó a través de la página web del Banco Nacional de Listas de Elegibles (BNLE), la Resolución No. CNSC – 20182020074775 del 18-07-2018, *“Por la cual se conforma la lista de elegibles **para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39529**, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016 – ICBF”*, en la que la tutelante, ocupaba la posición 3, con 69,60 de puntaje.

Refiere que, el artículo 4 de su lista de elegibles, establecía que *“Una vez agotadas las listas de elegibles para cada ubicación geográfica de un mismo empleo, se consolidará la lista general que será usada en estricto orden de mérito para proveer las vacantes que no se puedan cubrir con la lista territorial, previa realización de una audiencia de escogencia de plaza de conformidad con el procedimiento establecido en la Resolución 3265 de 2010. Así mismo, dichas listas serán utilizadas para proveer las*

nuevas vacantes que surjan durante su vigencia en los mismos empleos convocados”, misma que, se publicó en la página web del Banco Nacional de Listas de Elegibles el 23 de julio de 2018 y quedó en firme el 31 de julio de ese año, y que conforme al artículo 64 del Acuerdo 20161000001376 de 2016, tiene una vigencia de 2 años hasta el 30 de julio de 2020.

Que por llamada telefónica al ICBF, le fue confirmado que se nombró y posesionó en periodo de prueba en el cargo de carrera administrativa de la planta global de dicha entidad, identificado con el código OPEC 39529, ubicado en el municipio de Tolima de la Regional Valle del Cauca, a la señora SOLANGE ALVIS RUEDA, en el cargo de PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044, Grado 11, y que, con base en el uso de su lista de elegibles, conforme al artículo 63 del acuerdo en mención, por recomposición de listas, pasó a ocupar el segundo lugar.

Señala que, la CNSC expidió el 22 de noviembre de 2018 la Resolución 20182230156785, la cual en su artículo 1° dispuso revocar el artículo 4 de 1187 listas de elegibles, entre las cuales se encuentra la suya y, que el 04 de diciembre de 2018 se expidió la Resolución 20182230162005, que declaró desierto el concurso respecto de 5 vacantes, incluida a la que se postuló dentro de la Convocatoria 433 de 2016, lo que impidió que el ICBF pudiese usar su lista para proveer una de las vacantes desiertas y, en consecuencia, las mismas están ocupadas por planta de personal provisional, vulnerándose así el principio del mérito como elemento principal para la provisión de cargos.

Indica que el 27 de junio de 2019, el Congreso expidió la Ley 1960, que modifica el numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, de la siguiente forma: *“El Proceso de Selección comprende: (...) 4. Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.”*, y que el 01 de agosto de 2019, la Sala Plena de la CNSC, expidió Criterio Unificado de *“Listas de elegibles en el contexto de la*

3

Ley 1960 del 27 de junio de 2017”, donde se adoptó que “*Las listas de elegibles expedidas y que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019, fecha de promulgación de la Ley 1960, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria*” y que “*los procesos de selección cuyos acuerdos de convocatoria fueron aprobados con posterioridad a la Ley 1960 de 2019, serán gobernados en todas sus etapas por la mencionada ley, incluidas las reglas previstas para las listas de elegibles*”, posición última respecto de la cual, el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, mediante fallo de segunda instancia del 18 de noviembre de 2019, de radicado 76 001 33 33 021 2019-00234, tuteló los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la señora Jessica Lorena Reyes Contreras, ordenando inaplicar por inconstitucional el “*Criterio Unificado sobre las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019*”, y que la CNSC ofertará los 49 cargos de Profesional Universitario Código 2044, Grado 8 creados mediante el decreto 1479 de 2017 para el ICBF, con el fin de que quienes conforman la lista de elegibles opten, además de elaborar la conformación de la lista de elegibles, la que una vez recibida por la CNSC debería nombrar a los aspirantes en estricto orden de mérito, sentencia que quedó en firme y actualmente está ejecutándose la orden expedida por parte de CNSC y a la espera del cumplimiento de dicho fallo de parte de ICBF.

El día 16 de enero de 2020, la Sala Plena de la CNSC, aprobó el Criterio Unificado “*USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019*”, donde se estableció que, las listas conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2019, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la Oferta Pública de Empleos de Carrera -OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los "mismos empleos" entendiéndose, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes.

Que las peticiones elevadas a la CNSC y al ICBF, tienen como finalidad lograr que ambas entidades, en virtud de lo ordenado por el artículo 6º de la

Ley 1960 de 2019, así como del Criterio Unificado expedido por la Sala Plena de la CNSC, de manera conjunta realicen acciones administrativas para que se provean bajo el principio del mérito, las vacantes definitivas creadas disponibles Código 2044 Grado 11 con la lista de elegibles de la accionante, Resolución No. CNSC – 20182020074755 del 18-07-2018; sin embargo, hasta la fecha no ha recibido respuesta ni se ha publicado y/o notificado la manera en como darán cumplimiento a lo ordenado por dicha norma, así como de lo descrito por el Criterio Unificado de la CNSC.

Que el 25 de febrero de los corrientes, el ICBF dio respuesta bajo número de radicado 202012100000048581, en la que se hace mención a que una vez se identifiquen las vacantes, se debe reportar la OPEC o actualizar la existente, en el aplicativo SIMO de conformidad con lo expuesto en la Circular Conjunta No, 2019000000157 del 29 de julio de 2019, en donde la CNSC estableció los lineamientos frente a la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 1960 de 27 de junio de 2019, en relación con la vigencia de la ley - procesos de selección, informe de las vacantes definitivas y encargos, resaltando que la Circular en mención no versa en ningún acápite de su texto, respecto de la aplicación del artículo 6º de la Ley 1960 de 2019, razón por la cual es cuestionable el actuar de CNSC e ICBF, en aras de dar aplicación al citado acto administrativo, máxime cuando el Acuerdo de la Convocatoria, así como las listas de elegibles, el Acuerdo 562 de 2016, establece los procedimientos a realizarse de parte de las entidades públicas, para proveer vacantes mediante el uso de listas de elegibles vigentes y no es comprensible que a esta altura del proceso de selección de la Convocatoria 433 de 2016, las accionadas creen nuevos procedimientos que no están contemplados en el ordenamiento jurídico, vulnerándose de forma grave los principios de eficiencia y eficacia.

Señala que, el artículo 2 del Decreto 1479 de 2017 creó para ICBF un total de diez (10) cargos Código 2044 Grado 11, sin que a la fecha las vacantes hayan sido provistas mediante el uso de listas de elegibles expedidas en virtud de la Convocatoria 433 de 2016, y su lista de elegibles, reitera, perderá vigencia el 30 de julio de 2020. Precisa que, contrario a lo manifestado por

las entidades en las respuestas a peticiones elevadas por otros elegibles en la Convocatoria 433 de 2016, ellas no muestran ningún actuar o expiden alguna publicación que permita entrever a los elegibles, que de manera conjunta darán efectivo cumplimiento a lo dispuesto por la precitada norma.

Agrega que el 03 de marzo de 2020, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Pasto, mediante fallo de tutela de primera instancia, concedió la protección de los derechos fundamentales de la elegible AURA MAGOLA MONTENEGRO BENAVIDES, quien forma parte de la Convocatoria 433 de 2016 –ICBF, actualmente inscrita de elegibles, ordenando tutelar los derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo y acceso a cargos públicos de la citada, y de todos los integrantes de la lista de elegibles conformada mediante Resolución No. CNSC-20182230073625, frente a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL “CNSC” y el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR “ICBF”, para que reportaran las vacantes de la OPEC, y solicitara ante la CNSC el uso de la lista de elegibles conformada en la referida resolución, para el empleo identificado con el Código OPEC No. 34735, denominado Defensor de Familia, Código 2125, Grado 17, ofertado en el marco de la Convocatoria 433 de 2016 –ICBF, entre otros asuntos.

Culmina indicando que, ante la omisión de las accionadas, se encuentra ante un perjuicio irremediable, debido a que, el tiempo para que su lista de elegibles pierda vigencia es de solo cuatro (4) meses, tiempo en el cual debe esperar a que las entidades realicen diversas actuaciones administrativas, pese a que no cuentan con ningún cronograma de actividades, donde pueda tener certeza absoluta sobre su gestión, máxime que, no es dable acreditar que ostenta una situación jurídica consolidada o consumada bajo la vigencia de una ley anterior. Cita como soporte jurisprudencial la Sentencia T-455 del 2000 de la Corte Constitucional.

ANTECEDENTES

Esta Corporación mediante auto 322 C-19 del 04 de mayo de 2020, dispuso “DECLARAR la NULIDAD de lo actuado a partir del auto 621 del 31 de marzo de 2020

6

proferido por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, mediante el cual dispuso asumir el conocimiento de la acción de tutela, dejando a salvo las pruebas aportadas, las que gozan de eficacia frente a quienes tuvieron la oportunidad de contradecirlas, en los términos del artículo 138 del CGP”, a efecto de que, se vinculara a la acción a las personas que ostentan en provisionalidad el cargo que pretende la hoy accionante CARMENZA MESA MUÑOZ (Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11) como terceros interesados, además a quienes integran la Lista de Elegibles de la cual hacer parte la citada tutelante.

El Juzgado de conocimiento, por auto 634 del 05 de mayo de los corrientes, dispuso obedecer y cumplir lo resuelto por esta Sala, vinculando a la acción “a las personas que ostentan en provisionalidad el cargo que aspira ocupar la hoy accionante CARMENZA MESA MUÑOZ (Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11) como terceros interesados...” y, ordenó al ICBF que, pusieran “en conocimiento a través de su página web oficial la admisión de esta tutela a las personas que conforman la lista de elegibles y a las personas que ostentan en provisionalidad el cargo que aspira ocupar la hoy accionante...” como terceros interesados, para que ejercieran su derecho de contradicción.

Cumplido el respectivo trámite, informa la juez de tutela que el ICBF anexó prueba de la publicación del referido auto 634 del 05 de mayo de 2020 en su página web y, de la acción de tutela de radicación 2020-00149 propuesta por CARMENZA MESA MUÑOZ, lo que se puede consultar en el siguiente [link: https://www.icbf.gov.co/notificaciones-fallos-de-tutela](https://www.icbf.gov.co/notificaciones-fallos-de-tutela), aspecto frente al cual solo se pronunció la señora SOLANGE ALVIS RUEDA –*persona que ocupaba el primer lugar en la lista de elegibles de la OPEC 39529 denominada PROFESIONAL UNIVERSITARIO, código 2044, grado 11 del sistema general de carrera administrativa del ICBF, convocatoria No.433 de 2016-ICBF-*, y quien indicó que no era su intención de pronunciarse frente a los hechos de la tutela, teniendo en cuenta que en la lista de elegibles en mención ocupó el primer lugar y se posesionó en el cargo desde el 06 de septiembre de 2018, ostentando en la actualidad cargo de carrera administrativa en el centro zonal Jordán de la ciudad de Ibagué.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió al Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali el conocimiento de la presente acción, quien mediante **sentencia 104 del 14 de mayo de 2020**, dispuso:

“...Primero. - NO TUTELAR los derechos fundamentales al trabajo, la igualdad, debido proceso, el acceso a cargos públicos y petición, cuya vulneración alega la señora CARMENZA MESA MUÑOZ, con C.C.38.250.951 de Ibagué (Tolima), por lo expuesto.

Segundo. - NOTIFICAR en forma personal o por el medio más eficaz, lo resuelto a las partes interesadas y a los vinculados.

Tercero. - ORDENAR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF) que en el término de 24 horas a la notificación de esta providencia ponga en conocimiento a través de su página web oficial esta sentencia a las personas que conforman la lista de elegibles, y a las personas que ostentan en provisionalidad el cargo que aspira ocupar la hoy Accionante CARMENZA MESA MUÑOZ (Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11) como terceros interesados, y una vez efectuado el trámite debe allegar al Despacho de manera inmediata la prueba de dicha publicación.

Cuarto. - ADVERTIR al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF), a la CNSC y a las personas vinculadas en este proveído que, en atención a las medidas adoptadas con ocasión de la emergencia causada por el COVID-19, debe privilegiar el uso del correo electrónico y las herramientas tecnológicas disponibles, de preferencia institucionales, conforme al Decreto 491 de 2020 expedido por el Gobierno Nacional...”

Lo anterior, tras concluir que, hasta la fecha, ni la CNSC ni el ICBF han vulnerado los derechos fundamentales al debido proceso y acceso a cargos públicos cuya protección se invoca, puesto que aún no se ha nombrado a otra persona en un cargo de igual rango, como tampoco se vulnera el derecho de petición, toda vez que, las accionadas han dado respuesta a las peticiones incoadas por la accionante.

LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión la accionante la impugnó oportunamente, solicitando se revise por carecer de las condiciones necesarias a la sentencia congruente, teniendo en cuenta que: “a) No se ajusta a los hechos antecedentes que motivaron la tutela ni al derecho impetrado, por error de hecho y de derecho, en el examen y consideración de mi petición; b) Se niega a cumplir el mandato legal de garantizarme el pleno goce del derecho, como lo establece la ley 1690 de 2019; c) Se funda en consideraciones inexactas cuando no totalmente erróneas; d) Incurre el

8

fallador en error esencial de derecho, especialmente respecto del ejercicio de la acción de tutela, que resulta inane a mis pretensiones, por errónea interpretación de sus principios.”

Refiere la impugnante que, se vulnera su derecho a la igualdad y acatamiento del precedente jurisprudencial vertical -sentencia SU/345 de 2017-, en tanto que, la decisión es contraria a la proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca respecto de un asunto con los mismos elementos fácticos y jurídicos, en la que se concedió en favor de Jessica Lorena Reyes Contreras, la tutela de sus derechos fundamentales al debido proceso, igualdad, trabajo, y acceso a cargos públicos, vulnerados por la CNSC y el ICBF, agregando que en este caso, no se analizó de fondo el asunto, ni las circunstancias concretas que resaltan de la ejecución de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF, de la aplicación de la Ley 1960 de 2019 y del derecho fundamental del acceso a cargos públicos.

Que, si bien la Sala Plena de la CNSC expidió “Criterio Unificado” respecto de las listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 del 27 de junio de 2019, disponiendo que las listas expedidas y las que se vayan a expedir con ocasión de los acuerdos de convocatoria aprobados antes del 27 de junio de 2019 -promulgación de la Ley 1960-, deben ser utilizadas para las vacantes ofertadas en tales acuerdos de convocatoria, que es su caso, lo cierto es que, actualmente ocupa el segundo lugar de la lista publicada mediante Resolución CNSC – 20182020074775 del 18-07-2018 y, en cuanto a que la respuesta de la CNSC no hace alusión al artículo 6º de la Ley 1960 de 2019 (objeto de la acción de tutela), es preciso resaltar que dicha entidad expuso que el 16 de enero de 2020 la Comisión expidió el referido criterio unificado.

Que teniendo en cuenta la postura adoptada por la A quo, se evidencia que no hubo realmente un estudio de fondo en relación con el asunto que suscita la protección constitucional requerida, dado que lo solicitado a las entidades demandadas, es que den inmediato cumplimiento a lo ordenado por los artículos 6º y 7º de la Ley 1960 de 2019, en las que se observa que, se deben cubrir las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso de la misma

9

entidad, frente a las cuales, se probó que el Decreto 1479 de 2017, creó nuevas vacantes definitivas en el ICBF, para el Código 2044, Grado 11, un total 10 cargos, los cuales surgieron con posterioridad a la expedición del Acuerdo de Convocatoria que rige el proceso de selección de personal.

Argumenta además que, conforme al Criterio Unificado del “*USO DE LISTAS DE ELEGIBLES EN EL CONTEXTO DE LA LEY 1960 DEL 27 DE JUNIO DE 2019*”, la CNSC establece que, se deben cubrir las nuevas vacantes que se generen con posterioridad, que correspondan a los **MISMOS EMPLEOS**, y que en consecuencia, existen dos normas que avalan el uso de su lista de elegibles para proveer las doce vacantes Código 2044 Grado 11, creadas por el Decreto 1479 de 2017 y son estas disposiciones, las cuales requieren de la intervención del juez de tutela, dado a que perderá vigencia el 30 de julio de 2020.

Concluye indicando que, no es dable que el juez de primera instancia se limite a manifestar que las entidades ya están adelantando las acciones necesarias para proveer las vacantes creadas por el Decreto 1479 de 2017, máxime cuando en el expediente no obra prueba alguna que permita inferir que ICBF solicitó la autorización del uso de su lista de elegibles a la CNSC, y esta última no ha manifestado el inicio del trámite para dar autorización de uso de la misma, y por ello, no es entendible la justificación del ICBF respecto del presunto actuar en aras de dar cumplimiento a las normas previamente citadas, teniendo en cuenta de que, las listas de elegibles expedidas en el marco de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF están próximas a vencer.

Por lo tanto, considera urgente la intervención del juez de tutela en segunda instancia, a fin de que ordene a las entidades que, de manera pronta realice los nombramientos respecto de las nuevas vacantes creadas, mediante el uso de listas de elegibles, en un tiempo anterior a la pérdida de vigencia de las mismas, para que se dé uso de la lista de elegibles en mención, so pena de perder definitivamente su derecho a optar por una de las 10 vacantes Código 2044 Grado 11 creadas por el Decreto 1479 de 2019, reiterando que, se requieren de acciones urgentes de parte del operador de justicia, para

10

que CNSC e ICBF realicen labores conjuntas y de manera pronta, en aras de garantizar la provisión de vacantes nuevas mediante el uso de listas de elegibles. Como soporte, cita varias decisiones proferidas por Despachos judiciales en acciones de tutela.

DECISIÓN

Cumplidos los trámites constitucionales de la acción de tutela, es preciso entrar a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

En el caso de autos se tiene que, lo pretendido en sede constitucional por la señora CARMENZA MESA MUÑOZ es, concretamente, el amparo de sus derechos fundamentales, de petición, igualdad, trabajo, debido proceso y acceso a cargos públicos, los cuales considera están siendo vulnerados al no obtener una respuesta de fondo a los derechos de petición donde solicita se dé cumplimiento a los artículos 6º y 7º de la Ley 1960 de 2019, así como del criterio unificado “*uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019*” proferido el 16 de enero de 2020 por la Sala Plena de la CNSC.

Problema jurídico.

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si, con el actuar u omisión de las entidades accionadas, se vulneran los derechos fundamentales de la tutelante, y en caso afirmativo, si es viable impartir las órdenes que pretende con la acción constitucional.

Normatividad y jurisprudencia aplicable.

El artículo 125 de la Constitución Política de Colombia establece que, salvo las excepciones allí contempladas, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, los cargos serán provistos por concurso público, y el ingreso y ascenso se hará previo el cumplimiento de los requisitos y condiciones que fije la ley para determinar los méritos y calidades de los aspirantes.

Por su parte, la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004, por la cual se expidieron normas reguladoras del empleo público y la carrera administrativa, define ésta como *“un sistema técnico de administración de personal que tiene por objeto garantizar la eficiencia de la administración pública y ofrecer estabilidad e igualdad de oportunidades para el acceso y el ascenso al servicio público”*, para cuya finalidad *“el ingreso y la permanencia en los empleos de carrera administrativa se hará exclusivamente con base en el mérito, mediante procesos de selección en los que se garantice la transparencia y la objetividad sin discriminación alguna”* -artículo 27 ib.-.

Posterior a ello, surgió la Ley 1960 del 27 de julio de 2019, por medio de la cual se modifica la Ley 909 de 2004 y se dictan otras disposiciones, y en lo que interesa a este asunto, en sus artículos 6° y 7°, estableció:

“ARTÍCULO 6°. *El numeral 4 del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, quedará así:*

“Artículo 31. El Proceso de Selección comprende:

(...)

4. *Con los resultados de las pruebas la Comisión Nacional del Servicio Civil o la entidad contratada, por delegación de aquella, elaborará en estricto orden de mérito la lista de elegibles que tendrá una vigencia de dos (2) años. Con esta y en estricto orden de mérito se cubrirán las vacantes para las cuales se efectuó el concurso y las vacantes definitivas de cargos equivalentes no convocados, que surjan con posterioridad a la convocatoria del concurso en la misma Entidad.*

ARTÍCULO 7°. *La presente ley rige a partir de su publicación, modifica en lo pertinente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998, y deroga las demás disposiciones que le sean contrarias.”*

Procedencia de la acción de tutela.

Conforme al artículo 86 de la Carta Política y como lo ha reiterado la jurisprudencia, se tiene que, la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, al que se puede recurrir ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de los derechos invocados o cuando existiendo, se requiera acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En consecuencia, si existieren otras instancias judiciales eficaces y expeditas para alcanzar la protección de lo que se reclama, el interesado(a) debe acudir a ellas, antes de pretender el amparo por vía

12

constitucional, en otras palabras, la subsidiariedad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles, pues la tutela no puede desplazar los mecanismos ordinarios.

Así pues, la acción de tutela se tiene que procede **(i)** cuando no existan otros medios de defensa judicial, **(ii)** cuando existiendo éstos no fueren eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales, o **(iii)** cuando no lo fueren para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Sobre la procedibilidad de la acción de tutela, en casos como el examinado, donde están de por medio circunstancias surgidas en un concurso de méritos, en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha señalado la pertinencia de la acción de tutela pese a la existencia de otros mecanismos como la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa, al considerar que ésta no ofrece la suficiente solidez para proteger en toda su dimensión los derechos a la igualdad, al trabajo, al debido proceso y al acceso a los cargos públicos.

Al respecto, la Alta Corporación Constitucional en Sentencia T-315 de 1998 la Corte, indicó:

“(...) en principio, la acción de tutela no procede para controvertir actos administrativos que reglamentan o ejecutan un proceso de concurso de méritos. Sin embargo, posteriormente la jurisprudencia constitucional encontró que existen, al menos, dos excepciones a la regla antes planteada. En primer lugar, se trata de aquellos casos en los que la persona afectada no tiene mecanismo distinto de la acción de tutela, para defender eficazmente sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional. En segundo lugar, procede la tutela cuando, por las circunstancias excepcionales del caso concreto, es posible afirmar que, de no producirse la orden de amparo, podrían resultar irremediablemente afectados los derechos fundamentales de la persona que interpone la acción. Estos casos son más complejos que los que aparecen cobijados por la excepción anterior, pues en ellos existen cuestiones legales o reglamentarias que, en principio, deben ser definidas por el juez contencioso administrativo pero que, dadas las circunstancias concretas y la inminente consumación de un daño iusfundamental deben ser, al menos transitoriamente, resueltas por el juez constitucional.”

Así mismo, resaltó la Corporación en **Sentencia SU-613 del 6 de agosto de 2002** que:

*“... existe una clara línea jurisprudencial según la cual **la acción de tutela es el mecanismo idóneo para controvertir la negativa a proveer cargos de carrera en la administración judicial de conformidad con los resultados de los concursos de méritos, pues con ello se garantizan no sólo los derechos a la igualdad, al debido proceso y al trabajo, sino también el acceso a los cargos públicos, y se asegura la correcta aplicación del artículo 125 de la Constitución.** Por lo mismo, al no existir motivos fundados para variar esa línea, la Sala considera que debe mantener su posición y proceder al análisis material del caso. **Obrar en sentido contrario podría significar la violación a la igualdad del actor, quien a pesar de haber actuado de buena fe y según la jurisprudencia constitucional, ante un cambio repentino de ella se vería incluso imposibilitado para acudir a los mecanismos ordinarios en defensa de sus derechos.**”*

Y en similares circunstancias, en Sentencia SU-913 de 2009, concluyó que si bien, pueden existir otros mecanismos judiciales, estos deben ser eficaces y conducentes para, excluir al mecanismo de tutela en la protección de derechos en materia de concurso de méritos. De lo contrario, al tener que acudir a un proceso ordinario o contencioso administrativo, se estaría obligando a soportar la vulneración de derechos que requieren atención inmediata.

Conforme a la jurisprudencia en cita, se concluye que la acción de tutela es un mecanismo eficaz e idóneo para controvertir asuntos referentes a la provisión de cargos de carrera, ello conforme a los resultados publicados en las listas de elegibles por los concursos de mérito, por cuanto, se pretenden garantizar no solo los derechos a la igualdad y al debido proceso, invocados por la hoy impugnante, sino además la debida aplicación del artículo 125 de la Constitución Política.

Así las cosas, pese a que existen mecanismos judiciales ordinarios para que la accionante pueda proteger los derechos que alega se encuentran conculcados, como lo sería una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, para esta Sala, el amparo constitucional hoy deprecado cumple con el requisito de subsidiariedad, pues el medio de control legal ante la Jurisdicción Contenciosa, no le ofrecería a la tutelante una protección oportuna de sus derechos al trabajo, al debido proceso y acceso a los cargos

públicos, bajo la óptica que la lista de elegibles de la cual hace parte, tiene una vigencia hasta el 30 de julio de 2020, es decir esta próxima a vencerse como se invoca en el escrito de tutela, y en tales circunstancias, someterse a una demanda judicial, considerando los términos que se manejan y etapas del proceso, además de la congestión actual de los Despachos Judiciales, le acarrearía un perjuicio irremediable, y como se pasará a exponer a continuación, de acuerdo con los informes rendidos por el ICBF y la CNSC, los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos por la actora y que cimientan sus pretensiones no se encuentra en controversia, sino que este amparo se presenta para ordenar a las accionadas una actuación ágil, eficaz y diligente frente a los procedimientos legales que deben cumplir frente a lo peticionado. En conclusión, someter a la accionante a acudir a un proceso judicial, bajo los anteriores supuestos, no resulta razonable ni proporcional.

Caso en concreto.

Adentrándonos en el caso en concreto, se tiene que la Comisión Nacional del Servicio Civil, mediante Acuerdo No 20161000001376 del 05 de septiembre de 2016, convocó a concurso abierto de méritos para proveer definitivamente los empleos vacantes pertenecientes al Sistema General de Carrera Administrativa de la planta de personal del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar -**Convocatoria No 433 de 2016**-, misma que, en su artículo 6° dispuso: *“NORMAS QUE RIGEN EL CONCURSO ABIERTO DE MÉRITOS. El proceso de selección por méritos, que se convoca mediante el presente Acuerdo, se regirá de manera especial, por lo establecido en la ley 909 de 2004, sus decretos reglamentarios, Decreto 760 de 2005, Decreto 1083 de 2015, Ley 1033 de 2006, lo dispuesto en el presente Acuerdo y por las demás normas concordantes.”*

Se acreditó en el plenario que, la hoy accionante, señora CARMENZA MESA MUÑOZ, se inscribió a la citada convocatoria para optar por una vacante del empleo identificado con el Código OPEC 39529, denominado Profesional Universitario, Código 2044, Grado 11, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, ubicada en la ciudad de Ibagué – Tolima, y una vez aprobó las etapas

correspondientes, fue expedida por la CNSC la Resolución CNSC 20182020074775 del 18 de julio de 2018, en la que se conformó la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del citado cargo, así:

Posición	Documento	Nombre	Puntaje
1	28541815	SOLANGE ALVIS RUEDA	73.03
2	38253933	ANA MARÍA CAICEDO GÓMEZ	70.42
3	38250951	CARMENZA MESA MUÑOZ	69.60

Frente a la firmeza de la citada lista de elegibles, el artículo 62 del mentado Acuerdo 20161000001376 de 2016, estableció lo siguiente:

“FIRMEZA DE LA LISTA DE ELEGIBLES. La firmeza de las listas de elegibles se produce, cuando vencidos los cinco (5) días hábiles siguientes a su publicación en la página web www.consc.gov.co y/o enlace SIMO su equivalente, Convocatoria No 433 de 2016 ICBF, no se haya recibido reclamación alguna ni solicitud de exclusión de la misma, en consonancia con lo previsto en el artículo 55° del presente Acuerdo o cuando las reclamaciones interpuestas en términos hayan sido resueltas y la decisión adoptada se encuentre ejecutoriada.

Una vez en firme las listas de elegibles, la CNSC remitirá al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF, los actos administrativos por medio de los cuales se conforman las listas de elegibles para los diferentes empleos convocados y los publicara en la página web www.consc.gov.co y/o enlace: SIMO o su equivalente, Convocatoria No 433 de 2016 ICBF, la cual constituye el medio oficial de publicación para todos los efectos legales.

PARÁGRAFO: Las listas de elegibles solo se utilizarán para proveer los empleos reportados en la OPEC de esta Convocatoria, con fundamento en lo señalado en el Decreto 1894 de 2012, mientras este se encuentre vigente.”

Y en cuanto a la vigencia de la misma, el artículo 64 ibídem, previó que sería de “dos (2) años a partir de su firmeza”, término que igualmente es establecido por el artículo 5° de la Resolución CNSC 20182020074775 de 2018, al señalar que: “La Lista de Elegibles conformada a través del presente Acto Administrativo tendrá una vigencia de dos (2) años contados a partir de la fecha de su firmeza, conforme a lo establecido en el artículo 64 del Acuerdo No. 20161000001376 de 2016, en concordancia con el numeral 4° del artículo 31 de la Ley 909 de 2004.”. Así las cosas, conforme se informa en el expediente y se acredita en la página web del Banco Nacional de Listas de Elegibles, la lista de elegibles en mención tendrá firmeza hasta el **30 de julio de 2020**.

Como bien se acredita con los documentos aportados, y lo ratifica la vinculada al presente trámite, en el cargo de Profesional Universitario Código

16

2044, Grado 11, identificado con el código OPEC 39529, se nombró a la señora SOLANGE ALVIS RUEDA por Resolución 10595 del 17 de agosto de 2018-, con base en la lista de elegibles prevista en la Resolución CNSC 20182020074775 de 2018, misma que se posesionó en periodo de prueba en el cargo de carrera administrativa de la planta global de dicha entidad el día 06 de septiembre de 2018 –ver acta de posesión aportada-.

Posteriormente, la CNSC expidió la Resolución CNSC – 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 *“Por la cual se revoca el artículo cuatro de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la Convocatoria 443 de 2016 – ICBF”*, la cual dispuso en su artículo 1º: *“revocar la disposición contenida en el cuarto de los siguientes actos administrativos:...”*, entre los que se cita la Resolución CNSC – 20182020074775 del 18 de julio de 2018, que conformó la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39529, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, de la cual hacía parte la hoy tutelante.

Y a través de la Resolución CNSC – 20182230162005 del 04 de diciembre de 2018, la Entidad declaró desierto el concurso para algunas vacantes ofertadas en el marco de la convocatoria No. 433 de 2016 – ICBF, incluyendo 5 vacantes respecto del código 2044, grado 11, al que postuló la accionante dentro de la Convocatoria 433 de 2016 – ICBF, situaciones que impidieron que, el ICBF pudiese usar la lista de elegibles de la cual hace parte la actora para proveer una de las vacantes desiertas, mismas que actualmente están ocupadas por planta de personal de carácter provisional, aspecto frente al cual se duele la impugnante.

Frente a este aspecto, cabe resaltar que la CNSC en su concepto unificado respecto de las modificaciones integradas por la Ley 1960 de 2019 al numeral 4º del artículo 31 de la Ley 909 de 2004, indicó que *“(...) De conformidad con lo expuesto, las listas de legibles conformadas por la CNSC y aquellas que sean expedidas en el marco de los procesos de selección **aprobados con anterioridad al 27 de junio de 2017, deberán usarse durante su vigencia para proveer las vacantes de los empleos que integraron la oferta pública de empleos de carrera***

17

–OPEC- de la respectiva convocatoria y para cubrir nuevas vacantes que se generen con posterioridad y que correspondan a los mismos empleos, entiéndase, con igual denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósitos, ubicación geográfica y mismo grupo de aspirantes criterios con los que en el proceso de selección se identifica el empleo con un número OPEC.”

Dicho lo anterior, y verificados los documentos aportados al trámite, se advierte que la hoy accionante presentó derechos de petición los días 12 y 13 de febrero de 2020 ante la CNSC e ICBF –con constancias de recibido-, respectivamente, en los que solicitaba:

“1. Se me informe la situación jurídica de cada una de las 10 vacantes Código 2044 Grado 11, creadas en virtud del Decreto 1479 de 2017, distribuidas por la Resolución 7746 de 2017, donde se me mencione lo siguiente:

a. Denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones, ubicación geográfica y grupo de aspirantes y

b. Si a la fecha, están provistas por algún funcionario y bajo que modalidad esta provista cada cargo (carrera, encargo, provisionalidad, no provista u otros).

2. Se me mencione la cantidad de vacantes totales, permanentes y que estén siendo ocupadas en provisionalidad y/o encargo a la fecha de hoy, en el empleo denominando PROFESIONAL UNIVERSITARIO Código 2044 Grado 11 Código OPEC 39924 en todas las Regionales de Tolima, así como las del resto del país.

3. Respecto de las siguientes vacantes:

Empleo OPEC No	DENOMINACIÓN	CÓDIGO	GRADO	VACANTES	VACANTES DESIERTAS
39517	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	1	1
39518	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	1	1
39519	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	1	1
39597	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	1	1
39604	PROFESIONAL UNIVERSITARIO	2044	11	1	1

Se me mencione la situación jurídica actual las vacantes Código 2044 Grado 11, que quedaron desiertas en virtud de la Convocatoria 433 de 2016, donde se exprese:

a. Denominación, código, grado, asignación básica mensual, propósito, funciones y ubicación geográfica.

b. Si a la fecha, están provistas por algún funcionario y bajo que modalidad esta provista cada cargo (carrera, encargo, provisionalidad, no provista u otros).

4. Con lo anterior solicito a CNSC e ICBF, en aplicación de la Ley 1960 de 2019 y con base en el derecho fundamental a igualdad, citando el fallo de tutela de segunda instancia expedido por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, mediante número de radicado 76 001 33 33 021 2019-00234-01, interpuesto por la elegible JESSICA LORENA REYES CONTRERAS, que ambas entidades de manera conjunta realicen los actos tendientes para que provean las 10 vacantes Código 2044 Grado 11 creadas por el Decreto 1479 de 2017 y distribuidas por la Resolución No 7746 de 2017, con la lista de elegibles Resolución CNSC No 20182020074755 del 18-07-2018, “Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39529,

18

denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016 – ICBF”...

5. Que, para la correcta aplicación del punto anterior, las entidades tengan en cuenta lo ordenado por el fallo de segunda instancia proferido por el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL VALLE DEL CAUCA, mediante número de radicado 76 001 33 33 021 2019-00234-01, interpuesto por la elegible JESSICA LORENA REYES CONTRERAS y por lo dispuesto en el Criterio Unificado “Uso de listas de elegibles en el contexto de la Ley 1960 de 27 de junio de 2019” proferido por CNSC mediante sesión del 16 de enero de 2020.

6. De manera subsidiaria y en caso de existir en el departamento de Tolima o en otra regional del país, una o más vacantes definitiva disponibles denominada PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044 Grado 11, se provean las mismas, con la Resolución No 7746 de 2017, con la lista de elegibles Resolución CNSC No 20182020074755 del 18-07-2018, “Por la cual se conforma la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No. 39529, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016 – ICBF”...”

En el informe rendido por la COMISION NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, expuso que la hoy Accionante ocupó el tercer lugar de la lista de elegibles para proveer una (1) vacante del empleo identificado con el Código OPEC No.39529, denominado PROFESIONAL UNIVERSITARIO, Código 2044, Grado 11, del Sistema General de Carrera Administrativa del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Convocatoria 433 de 2016 – ICBF, pero que mediante Resolución CNSC – 20182230156785 del 22 de noviembre de 2018 se revocó el artículo 4° de los actos administrativos que contienen las listas de elegibles proferidas con ocasión de la citada Convocatoria, por no encontrarse en consonancia con los preceptos superiores que regulan la materia, toda vez que el artículo 4° de la Resolución 20182020074775 del 18 de julio de 2018, no se encontraba conforme con el interés público o social, teniendo en cuenta que su inclusión afecta el principio de seguridad jurídica, que debe regir el proceso de selección por mérito y, por ende, la confianza pública que subyace en la inmodificabilidad de las reglas que rigen el proceso de selección, configurándose la segunda causal de revocatoria directa, esto es “Cuando no estén conformes con el interés público o social”.

Y por su parte, el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR - ICBF, expresó que la lista de elegibles publicada adquirió firmeza el 31 de julio de 2018, misma que se conformó para proveer una vacante y en dicha

lista la accionante ocupó la posición número 3, y que no es cuestionada como tal, sino las actuaciones que surgieron con posterioridad y específicamente el hecho de que no se haya efectuado inmediatamente su nombramiento, en aplicación del artículo 6° de la Ley 1960 de 2019. Sin embargo, refiere el ICBF que procederán a hacer su nombramiento una vez se surtan una serie de procedimientos que se están adelantando por parte del Instituto, y una vez la CNSC apruebe el uso de la lista.

Agrega que la peticionaria exige el cumplimiento del artículo 6° de la Ley 1960 de 2019, que modificó el numeral 4° de la Ley 909 de 2004, desconociendo que la misma norma (artículo 2°) creó el derecho a los empleos de carrera administrativa a concurso de ascenso y movilidad horizontal, para lo cual la Ley le otorgó término a la CNSC para regular el derecho. Así las cosas, la entidad accionada relaciona todas las vacantes definitivas del empleo profesional Código 2044 Grado 11 (provistas en encargo, nombramiento provisional- sin proveer- vacantes desiertas) con las que cuenta el Instituto, incluyéndose las creadas con el Decreto 1479 de 2017 con la correspondiente ubicación geográfica y rol definido en el Manual Específico de Funciones y competencias Laborales, vigente para el momento de la convocatoria, es decir Resolución 4500 del 20 de mayo de 2016.

Aclara que, el ICBF que con la expedición de la Ley 1960 de 2019, en conjunto con la CNSC, emitieron distintos actos sobre la aplicación de esa norma, únicamente para los concursos que se generaran a partir de su entrada en vigencia, 27 de junio de 2019, pero que el 16 de febrero de 2020 la CNSC emitió un criterio unificado sobre la aplicación de dicha Ley y determinó, como órgano rector de la carrera administrativa, que era procedente dar aplicación a la norma frente a las listas de elegibles que se habían aprobado antes de su expedición y se encuentran vigentes, disposición que han acatado, pero que para tal fin requieren adelantar una serie de acciones administrativas y financieras que implican tiempo y recursos públicos de acuerdo con la reglamentación de la CNSC, y por tanto se están realizando las gestiones necesarias para acatar la norma y la directriz dada por la Comisión.

Así entonces, verificado todo lo anterior, se tiene que en la actualidad la señora MESA MUÑOZ no pretende hacer valer una mera expectativa, ni la vacante que fuere ofertada en la aludida Convocatoria 433 de 2016, pues resulta claro para la Sala que, la citada accionante ocupaba la tercera posición en la lista de la elegibles de la cual hizo parte, sin embargo, con el nombramiento de la señora SOLANGIE ALVIS RUEDA y posesión efectuada el 06 de septiembre de 2018, conllevó a la recomposición de la lista conforme al artículo 63 del Acuerdo 20161000001376 de 2016, pasando a ocupar el segundo lugar, lo que la conduce a estar en un turno meritorio y por tanto, tendría derecho a ser nombrada en un puesto vacante que cumpla con las características del cargo para el cual concursó, vacante que se itera, pudo haber sido generada con posterioridad al concurso de méritos y que se encuentra provista de manera provisional, conforme al criterio unificado antes indicado. En tal sentido, como se señaló con antelación al decidir sobre la procedibilidad de la tutela, en el presente asunto no se debate la legalidad o no del trámite surtido al interior del concurso de méritos del cual hizo parte la tutelante, sino una situación surgida con posterioridad, como lo fue la autorización para uso de listas de elegibles en las circunstancias descritas en líneas precedentes.

En consecuencia, advierte la Sala que con el proceder omisivo de las accionadas, relativo a dar pronto y cabal inicio a los procedimientos señalados para que se determine la procedencia o no del nombramiento deprecado por la accionante, se generan barreras de carácter administrativo y una dilación injustificada que, sin duda trasgrede el derecho al debido proceso de la señora CARMENZA MESA MUÑOZ, pues a la fecha el ICBF no ha demostrado el más mínimo interés, a pesar de señalar en su respuesta que ha dado inicio a ello, en adelantar los trámites respectivos para dar cumplimiento al criterio unificado emitido por el órgano rector de la carrera administrativa, lo que trasgrede el derecho que le asiste a la tutelante de solicitar un cargo que se ajuste a aquel para el cual concursó en la convocatoria 433 de 2016 y frente al cual las decisiones del órgano competente, incluso antes de la expedición del criterio unificado dirigido al

21

“uso de listas de elegibles en el contexto de la ley 1960 de 27 de junio de 2019” proferido el 16 de enero de 2020 por la Sala Plena de la CNSC, le han conferido confianza legítima acerca de que es una potencial aspirante.

Con lo expresado, concluye esta Sala que tanto la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL -CNSC como el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF, vulneraron los derechos al debido proceso administrativo y trabajo de la accionante, y de contera el principio de confianza legítima, así como el acceso a la carrera administrativa por mérito e igualdad de oportunidades, y por tal razón, habrá de revocarse la sentencia impugnada.

Debe considerarse además otro de los puntos objeto de tutela, cual es el perjuicio irremediable que según la accionante podría ocasionar la espera a que se realice todo el trámite administrativo y financiero por parte de las entidades accionadas, ello considerando que su lista de elegibles se encuentra vigente solo hasta el 30 de julio de 2020, aunado al hecho de la conducta omisiva y dilatoria de las accionadas en dar cumplimiento a los trámites que les corresponden a cada una de ellas dentro del ámbito de sus competencias antes de dicha calenda, y en tal sentido, como se expresó con anterioridad, no puede someterse a la tutelante a una espera incierta o indefinida, máxime cuando en sus propias respuestas las accionadas invocan que deben surtirse trámites complejos, que demandan tiempo y recursos, lo cual da a entender la desidia de las accionadas, con lo que se trasgreden los derechos fundamentales invocados y principios orientadores del Estado Social de Derecho, pues deja la posibilidad del acceso a un cargo público en total incertidumbre y a merced del querer de la administración.

Así, para esta Corporación, las actuaciones administrativas y financieras a que hacen referencia las accionadas no pueden entenderse indefinidas, más cuando están en juego caros derechos fundamentales de la tutelante y que se convierten en meras excusas y barreras de índole administrativo que deben ser remontadas con voluntad e impronta de perseguir el mérito en el sector público. Además, la novedad legislativa no impide la pronta adaptación a

nuevas realidades, que como la planteada, siempre serán menos lesivas con el erario público frente a la obligada convocatoria de un nuevo concurso de méritos, si llegare a vencerse la lista de elegibles.

Con fundamento en todo lo anterior, se requerirá al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF, para que adelante los trámites administrativos y financieros necesarios y suficientes, derivados del uso de lista de elegibles para proveer vacantes surgidas con posterioridad a la convocatoria de que hace parte la accionante CARMENZA MESA MUÑOZ, y en consecuencia, para su inicio, se le ORDENARÁ al Director (a) de dicho Instituto, que en el término perentorio de CINCO (5) DÍAS HÁBILES contados a partir de la notificación de esta providencia, en virtud de la petición elevada por la accionante, proceda a: **1)** realizar la verificación de la planta global de los empleos que cumplen con las características de aquel solicitado por la accionante, que corresponde al mismo por el que concursó y en especial la ubicación geográfica de cada uno de estos, **2)** reportar la OPEC o actualizar la existente en el aplicativo Sistema de Apoyo para la Igualdad, el mérito y la oportunidad –SIMO- y, **3)** realizar ante la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC, la solicitud de uso de las listas de elegibles en los términos dispuestos por la Ley y los reglamentos con las erogaciones presupuestales que ello implica, debidamente determinadas por la CNSC y finalmente, en el evento de ser autorizado el uso de la lista por la CNSC, en el mismo término, contado desde la comunicación de dicha autorización, proceda a realizar el nombramiento de la accionante en el cargo deprecado.

Además, se ORDENARÁ a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC, que en el término perentorio de DIEZ (10) DÍAS contados a partir de la solicitud de uso de listas de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con la OPEC 39529 en la Convocatoria 433 de 2016, proceda a: **1)** informar si existen elegibles que cumplan con los requisitos para el uso de listas de los empleos que satisfacen las condiciones, **2)** definir la tarifa que debe asumir y pagar la entidad - ICBF, y **3)** realizar todos los demás trámites correspondientes para que finalmente de resultar procedente se expida acto administrativo de autorización de uso listas de

elegibles y su remisión, y con ello el ICBF pueda realizar los pagos respectivos y efectuar el nombramiento a que haya lugar.

Todo, sin perjuicio de ajustar conjuntamente, las accionadas los cronogramas que deben adoptar antes del vencimiento de la lista de la accionante.

Por lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia 104 del 14 de mayo de 2020 proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Cali, para en su lugar, **CONCEDER** el amparo constitucional deprecado por la señora CARMENZA MESA MUÑOZ en contra del INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR – ICBF y de la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, por la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, el acceso a la carrera administrativa por mérito, igualdad de oportunidades y al trabajo, ello conforme a las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO. En consecuencia, **REQUERIR** al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR –ICBF, para que adelante los trámites administrativos y financieros necesarios y suficientes, derivados del uso de lista de elegibles para proveer vacantes surgidas con posterioridad a la convocatoria de que hace parte la accionante CARMENZA MESA MUÑOZ y en consecuencia, se le **ORDENA** a su Directora General LINA MARÍA ARBELÁEZ ARBELÁEZ, o quien haga sus veces, que en el término perentorio de CINCO (5) DÍAS HÁBILES contados a partir de la notificación de esta providencia, en virtud de la petición elevada por la accionante, proceda a: **1)** realizar la verificación de la planta global de los empleos que cumplen con las características de aquel solicitado por la accionante, que corresponde al mismo por el que concursó y en especial la ubicación geográfica de cada uno de estos, **2)** reportar la OPEC o actualizar la

existente en el aplicativo Sistema de Apoyo para la Igualdad, el mérito y la oportunidad –SIMO- y, **3)** realizar ante la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL –CNSC, la solicitud de uso de las listas de elegibles en los términos dispuestos por la Ley y los reglamentos con las erogaciones presupuestales que ello implica, debidamente determinadas por la CNSC y finalmente, en el evento de ser autorizado el uso de la lista por la CNSC, en el mismo término, contado desde la comunicación de dicha autorización, proceda a realizar el nombramiento de la accionante en el cargo deprecado.

TERCERO. ORDENAR a la COMISIÓN NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL – CNSC, representada legalmente por su Presidente, FRÍDOLE BALLÉN DUQUE, que en el término perentorio de DIEZ (10) DÍAS contados a partir de la solicitud de uso de listas de elegibles por parte del ICBF para proveer vacantes iguales al empleo ofertado con la OPEC 39529 en la Convocatoria 433 de 2016, proceda a: **1)** informar si existen elegibles que cumplan con los requisitos para el uso de listas de los empleos que satisfacen las condiciones, **2)** definir la tarifa que debe asumir y pagar la entidad - ICBF, y **3)** realizar todos los demás trámites correspondientes para que finalmente de resultar procedente se expida acto administrativo de autorización de uso listas de elegibles y su remisión, y con ello el ICBF pueda realizar los pagos respectivos y efectuar el nombramiento a que haya lugar. Todo, sin perjuicio de ajustar conjuntamente, las accionadas, los cronogramas que deben adoptar antes del vencimiento de la lista de la accionante.

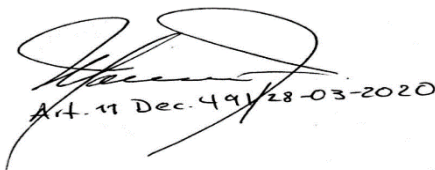
CUARTO. ORDENAR al ICBF que publique el presente fallo en el aparte correspondiente de su página *web*.

QUINTO. Dentro del término legal envíese el expediente en medios electrónicos a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión.

SEXTO. NOTIFÍQUESE electrónicamente a las partes esta decisión por ser el medio más expedito, conforme a los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, a los correos que reposan en las diligencias, en atención a la situación de emergencia sanitaria derivada de la pandemia por Covid 19 y las medidas de aislamiento preventivo obligatorio.

25

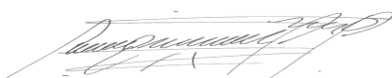
No siendo otro el objeto de la presente diligencia, se termina y firma en constancia después de leída y aprobada.



Art. 11 Dec. 491/28-03-2020

MÓNICA TERESA HIDALGO OVIEDO
Magistrada

Se suscribe con firma escaneada,
por salubridad pública
(Art. 11 D. 491 del 28-03-2020 y Art. 22,28 Ac. PCSJA20-11567 DEL 5-06-2020)



LUIS GABRIEL MORENO LOVERA

APROBADO TIC (23/06/2020)
CARLOS ALBERTO OLIVER GALÉ

20200821 - Aclaración importante Sobre La tutela de Manuel Orlando Mena Zapata

Manuel Orlando Mena Zapata <momz.contador@gmail.com>

Vie 21/08/2020 12:54 PM

Para: Juzgado 02 Civil Circuito - N. De Santander - Pamplona <j02cctopam@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Respetuoso saludo,

Debo Aclarar que la OPEC **39458** es en la que aparezco registrado en la Lista de Elegibles ,
Denominación del Empleo **Profesional Universitario** Código **2044** Grado **11**

¡Gracias!

Atentamente

Manuel Orlando Mena Zapata

CC 16.755.974

Por favor acusar recibo de este e-mail